

# **KRAV TIL SKILLE MELLOM MONOPOL- OG KONKURRANSEBASERT VIRKSOMHET I KRAFTSEKTOREN**

Selskapsmessige og funksjonelle atskillelseskrav

Kandidatnr:

Veileder: Ulf Hammer

Leveringsfrist: 1. november 2004 (H-04)

Til sammen 37707 ord

( \* se

<http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgav>

e/ )

Dato 01.09.04

## **Innholdsfortegnelse**

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	TEMA .....	1
1.2	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNINGER.....	2
1.3	VIDERE FREMSTILLING.....	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDER OG METODE .....</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	GENERELT .....	4
2.2	GENERALDIREKTORATETS IMPLEMENTERINGSKRAV .....	5
<b><u>3</u></b>	<b><u>RETTSTILSTANDEN FORUT FOR KRAFTMARKEDSDIREKTIV II .....</u></b>	<b><u>10</u></b>
3.1	DET NORSKE KRAFTMARKEDET OG DET NORSKE KRAFTNETTET .....	10
3.2	MARKEDSREFORMEN.....	13
3.3	KONSESJONSSYSTEMET .....	14
3.4	ORGANISATORISKE KRAV .....	16
3.5	STATNETT UTSKILT SOM EGET SELSKAP .....	17
3.6	KONSERNMODELLEN .....	18
3.7	NÆRMERE OM INNHOLDET I KONSERNMODELLEN.....	20
<b><u>4</u></b>	<b><u>BAKGRUNN OG SENTRALE HENSYN I DET NYE DIREKTIVET OG DE NYE UAVHENGIGHETSKRAVENE.....</u></b>	<b><u>22</u></b>
4.1	INNLEDNING.....	22
4.2	EU OG ENERGI.....	22
4.3	FRA KRAFTMARKEDSDIREKTIV I TIL KRAFTMARKEDSDIREKTIV II .....	23
4.4	NATURLIG MONOPOL FOR NETTDRIFT .....	26
4.5	TILRETTELEGGING FOR KONKURRANSE .....	27
4.6	ANDRE HENSYN.....	30

<b><u>5</u></b>	<b><u>DE NYE UAVHENGIGHETSKRAVENE – STRUKTUR, OPPBYGNING OG VIRKEMIDDELBRUK .....</u></b>	<b><u>32</u></b>
5.1	INNLEDNING.....	32
5.2	TILNÆRMET IDENTISK REGULERING.....	32
5.3	DIREKTIVETS VIRKEMIDDELBRUK.....	34
<b><u>6</u></b>	<b><u>DE NYE UAVHENGIGHETSKRAVENES ANVENDELSESOMRÅDE.....</u></b>	<b><u>37</u></b>
6.1	INNLEDNING.....	37
6.2	GEOGRAFISK ANVENDELSESOMRÅDE.....	38
6.3	TIDSMESSIG ANVENDELSESOMRÅDE.....	39
6.4	PERSONELT ANVENDELSESOMRÅDE (HVEM MÅ MEDLEMSLANDENE REGULERE?) ....	39
6.4.1	INNLEDNING.....	39
6.4.2	NETTOOPERATØR .....	40
6.4.3	TRANSMISJON OG DISTRIBUTJON .....	44
6.4.4	OPERATØR FOR KOMBINERTE NETT .....	46
6.4.5	VERTIKALT INTEGRERTE VIRKSOMHETER .....	47
6.4.6	EIERMESSIG SKILLE – VERTIKAL INTEGRASJON? .....	59
<b><u>7</u></b>	<b><u>SELSKAPSMESSIG ATSKILLELSE .....</u></b>	<b><u>60</u></b>
7.1	INNLEDNING.....	60
7.2	NÆRMERE OM UAVHENGIGHETSKRAVETS INNHOLD .....	60
7.3	UAVHENGIGHET FRA HVA?.....	62
<b><u>8</u></b>	<b><u>FUNKSJONELL ATSKILLELSE.....</u></b>	<b><u>65</u></b>
8.1	INNLEDNING.....	65
8.2	UAVHENGIG ORGANISASJON .....	66
8.2.1	GENERELT .....	66
8.2.2	UAVHENGIG LEDELSE .....	67
8.2.3	UAVHENGIGE ANSATTE .....	77
8.2.4	ADGANG TIL SAMARBEID – FELLESTJENESTER MV.....	77
8.2.5	SÆRLIG OM FELLES FAKTURA.....	80
8.3	UAVHENGIG BESLUTNINGSTAGNING.....	81
8.3.1	GENERELT .....	81

8.3.2	FORHOLDET MORSELSKAP - NETTSELSKAP .....	82
8.3.3	UAVHENGIGHET PÅ INDIVIDNIVÅ .....	85
<b>8.4</b>	<b>ETABLERING AV OVERVÅKNINGS- OG OPPFØLGNINGSPROGRAM .....</b>	<b>86</b>
<b>8.5</b>	<b>FUNKSJONELL ATSKILLELSE UTEN KRAV TIL SELSKAPSMESSIG ATSKILLELSE .....</b>	<b>89</b>
8.5.1	BAKGRUNN .....	89
8.5.2	SELVSTENDIGE AVDELINGER .....	89
8.5.3	GJENNOMFØRING AV KRAV OM UAVHENGIG ORGANISASJON .....	90
8.5.4	GJENNOMFØRING AV KRAV OM UAVHENGIG BESLUTNINGSTAGNING .....	91
<b>8.6</b>	<b>VIRKSOMHET I MORSELSKAPET .....</b>	<b>93</b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>UNNTAKSREGLENE .....</u></b>	<b><u>94</u></b>
<b>9.1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>94</b>
<b>9.2</b>	<b>UNNTAKET FOR MINDRE DISTRIBUSJONSSYSTEMOPERATØRER .....</b>	<b>95</b>
<b>9.3</b>	<b>UTSATT GJENNOMFØRING AV ARTIKKEL 15 FØRSTE LEDD .....</b>	<b>97</b>
<b>9.4</b>	<b>I HVILKEN GRAD BØR NORGE BENYTTET SEG AV UNNTAKSREGLENE? .....</b>	<b>97</b>
<b><u>10</u></b>	<b><u>NÆRMERE OM KLASSIFISERING AV NORSKE NETTOPERATØRER .....</u></b>	<b><u>101</u></b>
<b>10.1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>101</b>
<b>10.2</b>	<b>SENTRALNETTET .....</b>	<b>102</b>
<b>10.3</b>	<b>REGIONALNETTET .....</b>	<b>103</b>
<b>10.4</b>	<b>LOKALNETTET .....</b>	<b>111</b>
<b><u>11</u></b>	<b><u>GJENNOMFØRING AV DIREKTIVET I NORSK RETT .....</u></b>	<b><u>112</u></b>
<b>11.1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>112</b>
<b>11.2</b>	<b>GENERELT OM PLIKTEN TIL Å TA INN NYE RETTSAKTER I EØS-AVTALEN .....</b>	<b>112</b>
<b>11.3</b>	<b>GENERELT OM PLIKTEN TIL GJENNOMFØRING I NASJONAL RETT .....</b>	<b>113</b>
<b>11.4</b>	<b>LEGALITETSPRINSIPPET OG GRUNNLOVEN § 97 .....</b>	<b>115</b>
<b>11.5</b>	<b>GJENNOMFØRING VED NYE FORSKRIFTSBESTEMMELSER .....</b>	<b>119</b>
<b>11.6</b>	<b>GJENNOMFØRING VED NYE KONSESJONSVILKÅR? .....</b>	<b>121</b>
11.6.1	YTTERLIGERE KONSESJONSVILKÅR VED NYE KONSESJONSTILDELINGER .....	121
11.6.2	ENDRINGER/TILLEGG I KONSESJONSVILKÅR FOR GITTE KONSESJONER .....	123
<b>11.7</b>	<b>KONKLUSJON .....</b>	<b>125</b>
<b><u>12</u></b>	<b><u>AVSLUTNING .....</u></b>	<b><u>125</u></b>

<b>12.1</b>	<b>KONSEKVENSER FOR NORSKE KRAFTSELSKAPER .....</b>	<b>125</b>
<b>12.2</b>	<b>BEHOV FOR REGULERING UTOVER DIREKTIVETS MINSTEKRAV?.....</b>	<b>126</b>
	<b><u>KILDEREGISTER.....</u></b>	<b><u>128</u></b>
	<b><u>VEDLEGG I: KRAFTMARKEDSDIREKTIV II ARTIKKEL 10, 15 OG 17. ....</u></b>	<b><u>137</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Temaet i denne avhandlingen er krav om atskillelse av monopol- og konkurransebasert virksomhet i kraftsektoren.

Kraftmarked er et komplekst og sammensatt marked med en rekke ulike roller. Sentrale aktører er produsenter, nettoperatører, omsettere og konsumenter. Oppbygningen og strukturen i kraftmarkedet skyldes blant annet at kraft har en del særlige karakteristika som får betydning for hvordan omsetningen må foregå. Kraft er ikke en fysisk gjenstand som kan lagres eller transporteres som andre varer. Kraft må derfor forbrukes samtidig som den produseres. Man er dermed avhengig av en velfungerende infrastruktur som kan transportere kraften fra produksjonssted til der hvor den ønskes benyttet. Denne infrastrukturen er kraftnettet som vil bli nærmere beskrevet i avsnitt 3.1.

På bakgrunn av de kostnader det medfører å bygge og drive nett er *krafttransport* det man kaller et naturlig monopol.<sup>1</sup> Det er dermed ikke mulig eller ønskelig å åpne for konkurranse på dette området. Når det gjelder salg av selve *kraften* er det derimot ikke noe prinsipielt i veien for konkurranse. Både norske myndigheter og EU har ønsket konkurranse på dette området og innen EU er målet et felles europeisk energimarked.<sup>2</sup>

Vi har dermed en kombinasjon av naturlig monopol for så vidt angår nettdrift og ønske om fri konkurranse innen produksjon og omsetning av kraft. Tradisjonelt har det vært et svært tett forhold mellom produksjon/omsetning og transport av kraft. Det har i stor utstrekning vært de samme selskapene som har drevet både nett- og produksjonsanlegg.

---

<sup>1</sup> Se avsnitt 4.4.

<sup>2</sup> Se kapittel 4.

136 av Norges 178 nettselskaper er i dag *vertikalt integrerte*, som vil si at de driver både nettvirksomhet og produksjon eller omsetning.<sup>3</sup> Med tanke på å tilrettelegge for konkurranse innen produksjon og omsetning er vertikal integrasjon problematisk.<sup>4</sup>

## 1.2 Problemstilling og avgrensninger

Problemstillingen i denne avhandlingen er hvilke krav som stilles til atskillelse av monopol- og konkurransebasert virksomhet i kraftsektoren.

Problemstillingen har fått økt aktualitet etter at Europaparlamentet og Rådet sommeren 2003 vedtok direktiv 2003/54/EF av 26. juni 2003 om felles regler for det indre marked for elektrisitet og om opphevelse av direktiv 96/92/EF. Direktivet vil heretter bli omtalt som *kraftmarkedsdirektiv II* eller bare *kraftmarkedsdirektivet*.<sup>5</sup> Direktivet faller inn under EØS-avtalens saklige virkeområde.<sup>6</sup> På bakgrunn av EØS-landenes plikt til å innføre nye relevante rettsakter er det dermed nærliggende å anta at direktivet i løpet av 2004 vil bli gjort til en del av EØS-avtalen.<sup>7</sup> Etter gjennomføring i norsk rett vil direktivets bestemmelser kunne få konsekvenser også for norsk kraftregulering.

For å møte den regulatoriske utfordringen det innebærer å skape konkurranse innen et nettbundet marked har man i kraftmarkedsdirektiv II blant annet innført krav om at vertikalt integrerte nettoperatører<sup>8</sup> skal være ”independent at least in terms of its legal

---

<sup>3</sup> Jfr A Powerful Competition Policy, Report from the Nordic competition authorities 2003, side 25. Hva som ligger i begrepet vertikal integrasjon er forklart nærmere i avsnitt 6.4.5.

<sup>4</sup> Vertikal integrasjon kan være et hinder for effektiv konkurranse pga. mulighet for krysssubsidiering og missbruk av sensitiv informasjon etc. Se kapittel 4, særlig avsnitt 4.5 og 4.2.

<sup>5</sup> Direktiv 2003/54/EF omtales i en del sammenhenger, blant annet i rammenotat av 14.04.04 fra Olje og Energidepartementet, som Eldirektiv II.

<sup>6</sup> Olje og energidepartementet har konkludert med at direktivet faller inn under EØS avtalens virkeområde i rammenotat av 14.04.04.

<sup>7</sup> Det uttales i rammenotatet av 14.04.04 at det forventes at ”saken kan vedtas i EØS-komiteen høsten 2004 etter at departementet har vurdert alle juridiske og politiske sider ved direktivet”. EØS-landenes plikt til å ta inn rettsakter i EØS-avtalen og deretter gjennomføre dem i nasjonal lovgivning, herunder spørsmål om unntaksbestemmelser og gjennomføringsfrister er nærmere behandlet i kapittel 11.

<sup>8</sup> Begrepet *nettoperatør* benyttes ikke i kraftmarkedsdirektiv II. I direktivet brukes det begrepene ”transmission system operator” (TSO), ”distribution system operator” (DSO) og ”combined operator”.

form, organisation and decision making”.<sup>9</sup> Disse kravene omtales gjerne som krav om *selskapsmessig og funksjonell atskillelse*.<sup>10</sup> Drøftelsen av hva som ligger i disse kravene og hva de vil medføre av faktiske og rettslige konsekvenser utgjør oppgavens hovedtema.

I direktivet oppstilles det også et krav om regnskapsmessig atskillelse. Dette kravet vil jeg avgrense mot i denne avhandlingen, da disse bestemmelsene i stor grad bare er en videreføring av gjeldende rett.<sup>11</sup> Søkelyset vil dermed være på de nyskapninger som direktivet medfører.

### 1.3 Videre fremstilling

Jeg vil innledningsvis gi en oversikt over hvilke krav til atskillelse av omsetning/produksjon og nettvirksomhet som stilles etter dagens regelverk

---

Direktivet har altså ulike begrep avhengig av hvilket nettnivå den enkelte nettoperatør opererer. Jeg velger likevel å bruke begrepet *nettoperatør* i denne avhandlingen som en fellesbetegnelse for operatører på alle nettnivå. Bakgrunnen for dette er at de krav som stilles opp for de ulike operatører i det alt vesentlige er identiske jfr avsnitt 5.2. De ulike ”operatørtypene” og nettnivåene er beskrevet nærmere i avsnitt 6.4.2 og 6.4.3. Også når det gjelder bakgrunn og formål med de nye kravene er det hensiktsmessig med en fellesbehandling.

<sup>9</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og 17 første ledd. Bestemmelsene er i sin helhet gjengitt som vedlegg I.

<sup>10</sup> Funksjonell atskillelse er et begrep som ikke benyttes i selve direktivet. Begrepet er en samlebetegnelse som benyttes blant annet i Generaldirektoratets implementeringsdokument og som referer til kravene om uavhengig organisasjon og uavhengig beslutningstagning. Jeg synes begrepet er hensiktsmessig og har derfor valgt å anvende denne terminologien videre i min fremstilling. Betegnelsen ”selskapsmessig atskillelse” er heller ikke en direkte oversettelse av direktivets begrep. Direkte oversatt er det på norsk naturlig å omtale ”independence in terms of its legal form” som uavhengighet med hensyn til rettslig form. På engelsk omtales dette ofte i som et krav om ”legal unbundling” – rettslig atskillelse. Etter min oppfatning er begrepet ”selskapsmessig atskillelse” mer forklarende. Jeg har derfor valgt å benytte meg av dette begrepet videre i avhandlingen. Begrepene selskapsmessig og funksjonell *uavhengighet* benyttes også om de samme krav for å oppnå språklig variasjon. (Hva som mer presist ligger i de ulike kravene vil være gjenstand for nærmere drøftelser i kapittel 7 og 8.)

<sup>11</sup> Kravet om regnskapsmessig skille er blant annet behandlet av Hammer i Falkanger (2002) side 693 flg.



(kapittel 3).<sup>12</sup> Deretter vil jeg gjøre rede for utviklingen innen EU når det gjelder regulering av kraftvirksomhet. Jeg vil også skildre de sentrale hensyn som har ligget til grunn for EUs kraftpolitikk generelt og kraftmarkedsdirektiv II spesielt (kapittel 4). I den forbindelse vil jeg også se på det tette forholdet mellom kraftmarked og nettmonopol og de særlige krav dette stiller til regulering av sektoren. Disse første kapitlene danner bakgrunn for det som er avhandlingens hovedtema - spørsmålet om hvilke krav kraftmarkedsdirektiv II stiller til norsk rett, med hensyn til regulering av forholdet mellom monopol- og konkurransebasert virksomhet. Direktivets uavhengighetskrav presenteres i kapittel 5 som også behandler bestemmelsenes struktur og direktivets virkemiddelbruk. Bestemmelsenes anvendelsesområde drøftes i kapittel 6. Deretter følger gjennomgangen av atskillelseskravene i kapittel 7 og 8. Direktivets unntaksbestemmelser gjennomgås i kapittel 9. Kapittel 10 inneholder en nærmere drøftelse av hvordan de ulike nettnivåene som man opererer med i Norge skal klassifiseres. Denne klassifiseringen er avgjørende for hvilken adgang norske myndigheter har til å anvende direktivets unntaksregler. Kapittel 11 tar for seg gjennomføring av direktivet i norsk rett.

## **2 Rettskilder og metode**

### **2.1 Generelt**

Hovedtemaet i min oppgave er, som jeg tidligere har nevnt, å analysere hvilke krav det nye kraftmarkedsdirektivet stiller til norsk rett. Det er Den norske stat som er ansvarlig for riktig gjennomføring av direktivet når det gjøres til en del av EØS-avtalen.

Etter avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol av 2. mai 1992 (ODA-avtalen), er det ESA og endelig EFTA-domstolen som er øverste kontrollorgan for hvorvidt den norske gjennomføringen tilfredsstiller de krav

---

<sup>12</sup> Gjennomgangen av dagens regelverk har som formål å gi en oversikt. Temaet er mer inngående behandlet av blant annet Støle (2001), Martinsen m.fl. (2003) samt Hammer (1999).

som kan utledes av direktivet. I denne oppgaven retter jeg først og fremst søkelyset mot hvordan norske myndigheter må innrette norsk rett for å unngå å komme i en traktatbruddsituasjon. Ved fastleggingen av direktivets bestemmelser er det derfor i denne anledning den metode som EFTA-domstolen benytter som er den mest interessante og som jeg vil anvende. Spørsmål om tolkning av direktivet kan også komme opp for EF-domstolen og i nasjonale domstoler.

I EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 pålegges EØS-landene og EFTA-domstolen en såkalt homogenitetsforpliktelse. Selv om bestemmelsene er noe uklart utformet er meningen med bestemmelsene at EØS-avtalen skal tolkes i samsvar med tilsvarende bestemmelser i fellesskapsretten. EFTA-domstolens rettsanvendelse skal dermed tilsvare EU-rettens rettsanvendelse så langt dette er mulig. På bakgrunn av dette er det interessant og relevant å undersøke ”rene” EU-rettslige rettskilder for å fastlegge hvilke konsekvenser direktivet får for Norges vedkommende. Homogenitetsmålsetningen har likevel sine grenser. ”Dels må hensynet til ensartet praksis avvies mot særtrekk ved EØS-avtalen med hensyn til grad av overnasjonalitet (jf. ovenfor i 4.5), og dels er avtalens anvendelsesområde betydelig snevrere enn EF-traktatens”.<sup>13</sup>

## 2.2 Generaldirektoratets implementeringsdokumenter

En rettskilde som foranlediger en særlig drøftelse er et sett dokumenter som er utarbeidet av Generaldirektoratet for energi og transport (Generaldirektoratet). Generaldirektoratene er organer underlagt Kommisjonen og inndelt etter ulike fagområder. Innen sitt felt forbereder generaldirektoratene ny lovgivning, veileder og overvåker gjennomføring i medlemslandene. Generaldirektoratet har i etterkant av vedtakelsen av kraftmarkedsdirektiv II og gassmarkedsdirektiv II utarbeidet en serie dokumenter som tar for seg ulike deler av direktivene. Disse dokumentene inneholder tolkninger og presiseringer av hva som ligger i direktivenes krav og bestemmelser. I forbindelse med denne oppgaven er det særlig dokumentet som tar for seg temaet

---

<sup>13</sup> Jfr. EØS-rett (2004) side 203.

atskillelse ("unbundling") som er av interesse. Dette dokumentet eksisterer i to versjoner. En uoffisiell første versjon og en senere offisiell versjon. Den første utgaven ble kalt "Interpreting note of Commission Services on the Electricity and Natural Gas Internal Market Directives 2003/54 and 2003/55" og hadde undertittel "The unbundling regime of the new electricity and gas directives". Dokumentet er datert 30.09.03. Dette dokumentet ble ikke offentliggjort, men var derimot gjenstand for samtaler som ble gjennomført høsten 2003 med delegasjoner fra medlemslandene og med representanter fra de involverte sektorene.<sup>14</sup>

Den 16.01.04 offentliggjorde Generaldirektoratet sine tolkninger av reglene om "unbundling" i de nye direktivene. Dokumentet er det samme som det tidligere upubliserte dokumentet, men det har skjedd enkelte endringer. Den offisielle versjonen har overskriften "Note of DG Energy & Transport on directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas." Jeg vil videre i oppgaven omtale dette dokumentet som *implementeringsdokumentet*. Dokumentene er tilgjengelig på Generaldirektoratets hjemmeside. Dokumentene betegnes der som "implementation notes".

Det sentrale spørsmål når det gjelder implementeringsdokumentet er hvilken rettslig betydning det vil kunne ha i en eventuell rettssak for EF- eller EFTA-domstolen.

I og med at dokumentet ikke er vedtatt etter noen prosedyre som nevnes særskilt i traktatene er det formelt å regne som en uttalelse etter EF-traktaten. Dokumentet er ikke forarbeidet idet det er utarbeidet i etterkant av vedtakelsen av direktivene. Slike uttalelser er kommentert i EF-traktaten. Det heter her at "Recommendations and opinions shall have no binding force."<sup>15</sup> I dette ligger at uttalelser ikke er bindende i den

---

<sup>14</sup> European Information Service. (27.11.03.). Interpreting Note on the Electricity and Natural Gas Internal market directives – The Unbundling Regime [Sisert 10.03.04]. Tilgang: <http://eisnet.eis.be/eisdocsharenoframe/Common/GetFileFrame.asp?IsGetFile=-1&DocID=134386&DestFile=/docs/2003-016548-E.htm>.

<sup>15</sup> EF-traktaten artikkel 249 femte ledd.

forstand at man kan bygge rettigheter og plikter på dem. Det kan man kun av traktatene, forordningene og direktivene. Derimot opererer også EU-retten med en rettskildelære hvor flere og ulike kilder kan trekkes inn for å tolke rettsaktene. Eksempelvis har EF-domstolens rettsavgjørelser vist seg å bli en meget viktig kilde for utvikling av EU-retten. At også ikke-bindende rettsakter kan være en rettskilde av betydning fremholdes av Sørensen & Nielsen:

Selv om disse retsakter ikke er bindende, kan de påvirke Domstolens fortolkning af traktaten og andre bindende retsakter, og de kan derfor have en vis retskildeværdi. Et eksempel herpå er de af Rådet i 1961 udstedte almindelige planer for ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Selvom disse ikke er bindende, har Domstolen ofte henvist til dem ved fortolkningen af art. 43 [52] og 49 [59].<sup>16</sup>

Det uttales videre at slike dokumenter, når de har vært utarbeidet av Kommisjonen, har vært brukt som et aktivt middel til å forsøke å påvirke medlemsstatenes interne rett:

Det er således set eksempler på, at Kommissionen har anvendt henstillinger i et forsøg på politisk at påvirke medlemsstaterne til at indrette deres lovgivning på en bestemt måde.<sup>17</sup>

Det er nærliggende å se det slik at Generaldirektoratet selv ser på sine implementeringsdokumenter som noe mer enn ordinære veiledninger eller informasjonsmateriell. Denne slutningen trekker jeg blant annet ut fra Generaldirektoratets rubrisering av dokumentene på deres egen hjemmeside. Generaldirektoratet tilbyr et vidt utvalg av informasjon og dokumenter. Disse er samlet under ulike headinger. Implementeringsdokumentet er plassert i kategorien "legislation" sammen med direktivene. Dette gjøres istedenfor å rubrisere implementeringsdokumentet under for eksempel overskriften "publications, documents and reports."<sup>18</sup> Implementeringsdokumentet uttaler selv følgende: "in this paper the requirements to be met to implement the above rules are set out in detail, in order to

---

<sup>16</sup> Sørensen (1999) side 104.

<sup>17</sup> Sørensen (1999) side 104.

<sup>18</sup> Directorate-General for Energy and Transport. (15.07.04). Legislation. [Benyttet: 20.07.04]. Tilgang: [http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/index_en.htm).

ensure a consistent application in Member States.”<sup>19</sup> Som nevnt er det aktuelle dokumentet ett av flere. Hvor ”autorativ” stilen er varierer noe i de ulike dokumentene. I dokumentet ”Measures to secure electricity supply” datert 16.01.04, som er i samme ”serie”, brukes det eksempelvis mindre bastante uttrykk når løsninger på tolkningsspørsmål angis. Her ser man setninger som “(t)his paper argues that Article 7 has to be interpreted in the sense that...”<sup>20</sup>(Min understrekning). Generaldirektoratet, som har utarbeidet dokumentene, uttaler seg flere ganger på vegne av Kommisjonen. Dette gjøres ved bruk av uttrykk som “(t)he Commission believes...”<sup>21</sup>og “(t)he Commission would underline...”<sup>22</sup> Generaldirektoratets vurdering av den rettskildemessige vekten av egne dokumenter kan likevel ikke tillegges noen videre betydning. Det må være de alminnelige rettskildeprensippene som avgjøre relevans og vektspørsmålet.

Dokumentene har en viss likhet med juridisk teori. Juridisk teori blir jevnlig anført som argument til støtte for en gitt løsning i rettssaker for Domstolen. Dette gjøres også fra Generaladvokatenes side. Det er likevel sjelden man ser at EFTA- eller EF-domstolen støtter seg på juridiske utlegninger i sine avgjørelser, men dette kan i følge Arnesen ikke utelukke at juridisk teori har en faktisk betydning som rettskilde.<sup>23</sup> Implementeringsdokumentet er i likehet med juridisk teori utarbeidet av eksperter med god kjennskap til emnet og som har betydelig faglig kompetanse.<sup>24</sup> Dette er i seg selv argumenter som taler for å tillegge dokumentet en viss vekt. Det som skiller disse dokumentene fra vanlig juridisk teori er blant annet at dokumentene er utarbeidet av et EU-organ underlagt Kommisjonen.<sup>25</sup> Videre har disse dokumentene blitt forelagt delegasjoner fra medlemslandene og ulike fagorganisasjoner. Denne høringslignende

---

<sup>19</sup> Implementeringsdokumentet side 1.

<sup>20</sup> Directorate-General for Energy and Transport. Measure to secure electricity supply. 16.01.04. side 9.

<sup>21</sup> Ibid. side 1.

<sup>22</sup> Ibid. side 9.

<sup>23</sup> Arnesen (1994) side 19.

<sup>24</sup> Generaldirektoratet består av en stab på ca 1000 ansatte, hvorav mange jurister, økonomer og ingeniører.

<sup>25</sup> Generaldirektoratet rapporterer til Kommisjonens visepresident (for tiden Loyola de Palacio).

prosessen er en fremgangsmåte som minner om ordinær lovgivningsprosess. Dette må sies å være et forhold som styrker dokumentenes rettskildemessige stilling.

I norsk rettspraksis har såkalte etterarbeider blitt ansett som en relevant rettskilde. Etterarbeider er etterfølgende uttalelser fra lovgiver om hvordan en lov er å forstå. Slike etterarbeider har i enkelte tilfeller blitt tillagt vekt, men i de tilfeller hvor det har vært tilstrekkelig klart hvordan loven opprinnelig var ment å forstå, har man ikke akseptert at etterfølgende uttalelser endrer dette.<sup>26</sup> Det som skiller implementeringsdokumentet fra etterarbeider i norsk rett er at implementeringsdokumentet ikke er utarbeidet av det organ som har vedtatt direktivet. Derfor er det ikke naturlig å plassere disse to kildene i samme kategori.

Detaljeringsgraden i implementeringsdokumentet er nokså høy. Dette er i en viss grad problematisk. Når detaljeringsgraden blir så høy som her er ikke lenger ”produktet” bare naturlige slutninger fra direktivene. Likevel er det ofte akkurat når det gjelder å avgjøre detaljspørsmål og de finere grensedragninger at man har størst nytte av supplerende rettskilder.

Når det gjelder det totale rettskildebildet på dette området er situasjonen den at man foreløpig ikke har så mye å forholde seg til. I en tidlig fase, før man får noe særlig av praksis å bygge på, vil dermed disse implementeringsdokumentene nok kunne være til betydelig hjelp og veiledning.

Selv om det er skrevet generelt om uttalelser og tilsvarende dokumenter, har jeg ikke funnet at det aktuelle implementeringsdokumentet har vært gjenstand for noen juridisk analyse eller vurdering. Dokumentene er derimot kommentert av European Information Services (EIS) som er en europeisk nyhets- og informasjonstjeneste uten spesiell juridisk kompetanse. EIS omtaler dokumentene på følgende måte:

---

<sup>26</sup> Rt 1983 s. 127 nevnes som et eksempel på dette av Eckhoff (2001) side 97.

The European Commission's Directorate-General for Transport and Energy (DG TREN) has compiled a series of informal documents to help explain the new Electricity (2003/54/EC) and Gas (2003/55/EC) Directives regarding certain crucial and innovative changes from the former Directives 92/96/EC (electricity) and 98/30/EC (gas). DG TREN officials held talks in November with Member State delegations to hear their reactions, and also with representatives of the sectors concerned. These documents are not binding on the Commission, as their authors point out.<sup>27</sup>

Min vurdering er at implementeringsdokumentet typisk vil bli ansett som en relevant rettskilde men at den rettskildemessige vekten i eventuelle prosesser hvor det påberopes vil være begrenset.

Jeg har i min oppgave valgt å benytte implementeringsdokumentet i relativt stor grad. Dette henger blant annet sammen med den totale rettskildesituasjonen som jeg har karakterisert ovenfor, men også det forhold at jeg synes at mange av de tolkningsløsninger som er valgt i dokumentet er gode. Likevel er jeg klar over faren ved å legge for stor vekt på dokumentet. Den primære kilde for å fastslå hvilke forpliktelser som direktivet innebærer er selve direktivteksten. Implementeringsdokumentet er dermed primært et støtteargument for de løsninger som jeg mener kan forankres i direktivets ordlyd.

### **3 Rettstilstanden forut for kraftmarkedsdirektiv II**

#### **3.1 Det norske kraftmarkedet og det norske kraftnettet**

Vannkraft er den dominerende energikilden i Norge. På grunn av vår topografi, med mange og høye vannfall som lett og effektivt har latt seg utnytte til kraftproduksjon, har vi hatt god tilgang på rimelig og miljøvennlig energi. Total produksjon i Norge var i

---

<sup>27</sup> European Information Service. (27.11.03.). Interpreting Note on the Electricity and Natural Gas Internal market directives – The Unbundling Regime [Sisert 10.03.04]. Tilgang: <http://eisnet.eis.be/eisdocsharenoframe/Common/GetFileFrame.asp?IsGetFile=-1&DocID=134386&DestFile=/docs/2003-016548-E.htm>.

2001 122 TWh. 99 % av dette kom fra vannkraft.<sup>28</sup> Disse forholdene har gjort det mulig både å drive kraftkrevende industri og å forsyne forbrukermarkedet. Fordi vannkraft har vært og er en sentral energikilde for Norge, har utbygging og drift av kraftanlegg vært et sentralt tema i den politiske debatten. Sektoren har vært underlagt streng offentlig kontroll og styring. Kraftproduksjon og -levering var lenge et område med nesten utelukkende offentlige eiere. Kraftforsyning ble ansett som et offentlig anliggende og ble utøvd i offentlig regi.

Etableringen av et fritt kraftmarked på starten av 1990-tallet medførte at kraftforsyningen i større grad fikk karakter av å være ”ordinær forretningsvirksomhet”.<sup>29</sup> Dette medførte at også private aktører i større grad etablerte seg i kraftmarkedet. Blant annet har deler av den tidligere offentlige kraftvirksomheten blitt privatisert. Ytterligere salg av kommunale kraftselskaper er et tema som ofte er på dagsorden i landets kommuner. På bakgrunn av det historiske utgangspunktet er likevel både stat<sup>30</sup> og kommuner fremdeles tungt inne på eiersiden i norsk kraftsektor.<sup>31</sup>

Når det gjelder selskapsstruktur er de aller fleste kraftselskapene i Norge organisert som aksjeselskaper.<sup>32</sup> Dette gjelder både for selskap med private og offentlige eiere. Tidligere kommunale bedrifter har i stor utstrekning blitt omdannet til aksjeselskap i de senere år. Organiseringen som aksjeselskap har sammenheng blant annet med krav i forskrift nr 959 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk

---

<sup>28</sup> A powerful Competition Policy. ECON Report nr 1/2003. side 7.

<sup>29</sup> Fakta 2002 Energi- og vassdragsvirksomheten i Norge side 75. Se nærmere om etableringen av et fritt kraftmarked, ofte omtalt som energilovens markedsreform i avsnitt 3.2.

<sup>30</sup> Statens eierskap i produksjonsanlegg ligger i Statkraft SF, mens fordelingsnett ligger i selskapet Statnett SF.

<sup>31</sup> Stat og kommuner eier om lag 85 % av produksjonskapasiteten i Norge og er også den største eier av nettvirksomhet jfr. Fakta 2002 Energi og vassdragsvirksomheten i Norge side 75.

<sup>32</sup> Fordelingen på de ulike selskapsformer var som følgende pr 1 januar 2002 jfr. Fakta 2002 Energi og vassdragsvirksomheten i Norge side 76: AS/ASA 72%, andelslag 7%, ansvarlig selskap 6%, kommunal, fylkeskommunal eller interkommunal bedrift 7%, begrenset ansvar 2%, annet 6%.



av energi m.m. av 7. desember 1990 (energilovforskriften) om at selskapene må føre regnskap etter regnskapslovens regler.<sup>33</sup>

Det norske kraftnettet er infrastrukturen i kraftforsyningen i Norge. Kraftnettet transporterer kraft fra produsent til forbruker. Produksjonen av kraft i Norge foregår i all hovedsak ved vannkraftanlegg som utnytter energipotensialet i elver og fossefall. Produksjonen skjer i stor utstrekning ved kraftanlegg som ligger langt unna der hvor kraften blir forbrukt. Man er derfor helt avhengig av å ha et system som effektivt kan frakte kraft rundt omkring i landet.

Ved transport av kraft er det en rekke faktorer som må tas i betraktning. Ulike strekninger krever ulike typer kraftlinjer. Ved transport av kraft over lange strekninger, hvor det er få tilknytningspunkter, er det en fordel med høyt spenningsnivå på ledninger. Bakgrunnen for dette er at det da blir mindre fysisk energitap i nettet.<sup>34</sup> Ved distribusjon til de enkelte husholdninger og i mer tettbygde strøk, er det andre forhold som er mer sentrale enn det fysiske energitapet. Her spiller hensyn til sikkerhet mot brann og andre skader inn. I tillegg er vanlige husholdningsapparater tilpasset lav spenning. Av den grunn er det hensiktsmessig med lavere spenning når kraft skal distribueres til sluttbrukere. Dette sammen med tariffingens hensyn og administrative hensyn har også ledet til at man har valgt å inndeile det norske overføringsnettet i ulike nettnivåer. Med et nettnivå sikter man til kabler og ledninger som holder et spenningsnivå som ligger innenfor et bestemt spenningsbånd. Ved overgangen fra et spenningsnivå til et annet må kraften transformeres opp eller ned til det nye

---

<sup>33</sup> Jfr. Fakta 2002 Energi og vassdragsvirksomheten i Norge side 76.

<sup>34</sup> På grunn av elektrisk motstand (resistans) i ledningene, vil det alltid være et visst varmetap knyttet til transport av elektrisitet. "(T)apet vil være avhengig av den elektriske motstanden i lederen, transportavstanden, samt den strømmengde som flyter gjennom ledningene. Elektrisk effekt overført i en leder er proporsjonal med både strømsstyrke og spenningsnivå. For å overføre en gitt elektrisk effekt kan en, ved å øke spenningsnivået, redusere nødvendig strømsstyrke. Dette reduserer motstandstapet i lederen." jfr. Energibedriftenes landsforening. (u.å.) Energifakta. [Sitert 04.05.04]. Tilgang: <http://www.energifakta.no>

spenningsnivået. Dette gjøres i transformatorstasjoner som finnes spredt rundt omkring i landet.

I Norge har vi valgt å dele inn kraftnettet i tre nettnivå. Sentralnettet er hovedveiene i kraftnettet. Sentralnettet er et landsdekkende ledningsnett som frakter kraft fra landsdel til landsdel. Spenningen i sentralnettet ligger mellom 300 og 420 kV. Store produsenter og enkelte svært kraftkrevende anlegg, som for eksempel smelteverk og lignende er koblet til dette nettet.<sup>35</sup> Sentralnettet opereres i sin helhet av Statnett.<sup>36</sup>

Det neste nivået i kraftnettet er regionalnettet. Som det fremgår av navnet frakter dette nettet kraft til de enkelte regioner. En slik region består gjerne av deler av et eller flere fylker.<sup>37</sup> Regionalnettet har vanligvis et spenningsnivå mellom 66 og 132 kV. På lokalplan, eksempelvis internt i den enkelte kommune, spres kraften gjennom det som kalles lokalnettet. Dette nettet holder et mye lavere spenningsnivå enn de øvrige nettene. Spenningen holder seg her opp til og med 22 kV.

Nettnivåene og spenningsforhold er av interesse fordi direktivet har ulike bestemmelser og unntaksregler for operatører på forskjellig nettnivå. Dette vil jeg komme tilbake til senere i oppgaven.<sup>38</sup>

### 3.2 Markedsreformen

Situasjonen var tidligere slik at de lokale kraftlagene forsynte sine nærområder med kraft. Systemet var utformet slik at kundene ikke hadde noe valg med hensyn til hvem de kjøpte kraft av.

---

<sup>35</sup> Statnett. (u.å.) Oversikt over kunder i sentralnettet. [Sisert 04.05.04]. Tilgang: <http://www.statnett.no/default.aspx?ChannelID=1113>.

<sup>36</sup> Se nærmere om Statnett i avsnitt 3.5.

<sup>37</sup> Energifakta. (u.å.). Regionalnettet. [Sisert: 08.06.04]. Tilgang: <http://www.energifakta.no/>.

<sup>38</sup> Se avsnitt 6.4.3 og kapittel 10.

Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. av 29. juni 1990 nr 50 (energiloven) medførte en betydelig endring av norsk kraftpolitikk. Nyskapningen bestod i at kraftproduksjon og kraftsalg skulle gjøres til gjenstand for konkurranse. På den måten skulle man oppnå størst mulig grad av samfunnsmessig rasjonell ”produksjon, omforming overføring, omsetning fordeling og bruk av energi”.<sup>39</sup> Målsetningene for norsk kraftpolitikk var i stor grad de samme, men virkemidlene var nye. Kundene skulle nå kunne kjøpe kraft av hvem de ville. Omveltningene som loven brakte med seg omtales gjerne som energilovens markedsreform.<sup>40</sup>

Energilovens markedsreform medført at Norge ble liggende helt i tet i Europa med hensyn til tilrettelegging for konkurranse på kraftmarkedet. Etter vedtakelsen av kraftmarkedsdirektiv II er derimot dette antakelig ikke lenger tilfelle.

### 3.3 Konsesjonssystemet

Et sentralt verktøy for styring og kontroll av norsk kraftsektor er energilovens konsesjonssystem. Både bygging og drift av anlegg for produksjon, omforming og transport samt omsetning av energi er avhengig av konsesjon. I tillegg til den skjønnsmessige adgangen til å tildele eller nekte konsesjon har regulerende myndigheter vide hjemler til å sette vilkår i forbindelsen med konsesjonstildelingen. Konsesjonsvilkårene er et effektivt middel til å påvirke kraftselskapene og brukes også til å oppnå en ønsket selskapsmessig struktur.

Krav om konsesjon er gitt i energiloven. Energiloven opererer med flere ulike typer konsesjon. Når det gjelder nettdrift er det to typer konsesjoner som er av betydning. For å bygge og drive nett kreves det for det første anleggskonsesjon. Dette kreves for alle anlegg som er bygd for fordeling og overføring med ”høy spenning”. I energilovforskriften er høy spenning i denne sammenheng definert som spenning over

---

<sup>39</sup> Energiloven § 2-1.

<sup>40</sup> Hammer (1999) side 23.

1000 volt vekselstrøm/1500 volt likestrøm.<sup>41</sup> Energiloven har en særlig konsesjonsordning som kalles områdekonsesjon. Dette er i realiteten en form for anleggskonsesjon som gis for et bestemt geografisk område. Områdekonsesjon kan gis for anlegg med spenning opp til 22kV jfr. energilovforskriften § 3-3. I og med at områdekonsesjonen er en variant av anleggskonsesjonen følger det av lovens system at man ikke trenger begge disse typer konsesjon. Praktisk sett er området hvor man trenger anleggskonsesjon for bygging og drift av nett begrenset til de tilfeller hvor anlegget er beregnet på høyere spenningsnivå enn 22kV.

Når det i bestemmelser om anleggs- og områdekonsesjon snakkes om *drift* siktes det til arbeid for å holde anlegget i driftsikker stand, herunder vedlikehold og modernisering. Med *drift* menes det derimot *ikke* selve transporten av kraft gjennom det aktuelle ledningsnettet. En anleggs- eller områdekonsesjon gir med andre ord ikke rett til å benytte anlegget til faktisk å transportere kraft fra et punkt til et annet. Slik transport av kraft som et aktivt nettselskap bedriver regnes etter energilovens system som ”omsetning” av kraft. At nettdrift krever omsetningskonsesjon fremgår også klart av energilovforskriften § 4-2 hvor det heter at enheter som ”kan stå i en eller annen form for monopolsituasjon” må ha omsetningskonsesjon. Et nettselskap vil klart stå i en monopolsituasjon<sup>42</sup>. For å utøve en slik transportvirksomhet som nettselskapene gjør, kreves det dermed omsetningskonsesjon, jfr. energiloven § 4-1. Omsetningskonsesjon er av Hammer tidligere karakterisert som en *universalkonsesjon* i og med at den omfatter så godt som alle aktørene i kraftmarkedet unntatt sluttbrukerne.<sup>43</sup> Dette er ikke i samme grad tilfelle nå ettersom man har fått særlige konsesjoner for Statnett, Nord Pool og Nord Pool Spot.<sup>44</sup>

De krav som man til nå har stilt opp med hensyn til organiseringen av kraftselskaper har vært gitt i form av konsesjonsvilkår til omsetningskonsesjon. Energiloven har i § 4-1

---

<sup>41</sup> Energilovforskriften § 3-1.

<sup>42</sup> Se avsnitt 4.4.

<sup>43</sup> Hammer (1999) side 168.

<sup>44</sup> Nord Pool Spot/Nord Pool er en nordisk kraftbørs for fysisk og finansiell krafthandel.

annet og tredje ledd særlige bestemmelser om adgang til å sette vilkår ved tildeling av omsetningskonsesjon. Kravene har ikke bare fremkommet direkte som vilkår ved konsesjonstildeling. Enkelte krav har også fremkommet indirekte som mer eller mindre underforståtte betingelser for i det hele tatt å bli gitt konsesjon.

Omsetningskonsesjon kreves for å *utøve* konsesjonsbelagt virksomhet. Tradisjonelt har situasjonen i Norge vært den at eier av nett har stått for drift, utbygging og vedlikehold av nettet. Eierposisjon og operatørposisjon har således stort sett vært samlet på samme hånd. Dette gjelder likevel ikke absolutt. Eksempelvis er Statnett operatør både for nett de eier selv og for nettanlegg som eies av andre.<sup>45</sup>

### 3.4 Organisatoriske krav

De organisatoriske krav til atskillelse av monopolbasert- og konkurransebasert virksomhet som til nå har vært gjeldende norsk rett, har delvis blitt til som et ledd i selvstendig norsk lovgivning og dels som et resultat av påvirkning fra EU/EØS. Energilovens markedsreform ligger i tid forut for det gamle kraftmarkedsdirektivet.<sup>46</sup> Allerede ved utarbeidelse av energiloven hadde man behandlet problemkomplekset rundt vertikal integrasjon. Innledningsvis så man positivt på vertikal integrasjon. I Energilovutvalgets utredning NOU 1985:9 mente man at vertikal integrasjon ville gi klare rasjonaliseringsgevinster samt incentiver til samfunnsmessig rasjonell energiutnyttelse. Dette synspunktet endret seg i løpet av prosessen frem mot den nye loven. Man gikk i senere forarbeidene over til en mer markedsrettet tenkning. Dette medførte et økt fokus på konkurranse og konkurransestimulerende tiltak. I lys av dette ble vertikal integrasjon ansett som en hindring for fri konkurranse og det ble et definert mål å motarbeide slik vertikal integrasjon. I senere forarbeider uttales det følgende om forholdet mellom de ulike formene for virksomhet i kraftmarkedet:

For å legge til rette for markedstilpasning og for å begrense kryssubsidiering mellom ulike funksjoner er det nødvendig å skille virksomheten fra hverandre i mest mulig uavhengige resultatenheter. Produksjonsvirksomheten ligger til rette for en sterkere konkurranseorientering enn i dag. Fordelings- og overføringsnettet

---

<sup>45</sup> Se nærmere om dette i avsnitt 3.5.

<sup>46</sup> Energiloven ble vedtatt i 1990 og det tidligere kraftmarkedsdirektivet er fra 1996.

er naturlige monopoler som må holdes atskilt fra konkurranseorientert virksomhet i næringen. En forutsetning for en sterkere markedsorientering av produksjonsvirksomheten er at nettfunksjonene underlegges en effektiv offentlig monopolkontroll.<sup>47</sup>

Da energiloven ble vedtatt, valgte man på bakgrunn av ønsket om å tilrettelegge for konkurranse, å gi hjemmel for å kunne sette vilkår i omsetningskonsesjonene om den interne organisering og regnskapsførsel. I energilovforskriften § 4-4 har man gitt nærmere bestemmelser om hvilke konsesjonsvilkår som kan stilles. I § 4-4 første ledd bokstav a er det innført et krav om at konsesjonærene må oppdele selskapet i selvstendige virksomhetsområder og at det mellom disse virksomhetsområdene skal være et *regnskapsmessig skille*. Dette kravet vil typisk være aktuelt for vertikalt integrerte selskaper.

### 3.5 Statnett utskilt som eget selskap

Staten gjennomførte først selskapsmessig atskillelse av produksjon/omsetning og nettvirksomhet for Statens egen kraftvirksomhet. Staten har vært og er fremdeles en sentral aktør i kraftmarkedet og det var derfor naturlig å rette et kritisk blikk mot Statens egen organisering og drift. Dette resulterte i at det tidligere vertikalt integrerte selskapet Statkraft ble splittet opp i to selskaper; Statkraft som skulle drive produksjon og Statnett som skulle ha ansvaret for netjtjenester. Det ble redegjort for bakgrunnen for oppsplittingen i St.prp. 100 (1990-91):

Det er regjeringens syn at en sentral forutsetning for et friere kraftmarked, er et klarest mulig skille mellom produksjon og transport av kraft. Regjeringen mener det er mer hensiktsmessig å etablere to nye juridiske enheter enn å gjøre tilpasninger innen dagens organisasjonsform.<sup>48</sup>

Statnett ble stiftet i desember 1991 og startet sin virksomhet 1. januar 1992.<sup>49</sup> Statnett hadde fra opprettelsen som formål å drive som operatør for hele sentralnettet; både de deler av nettet som Statnett fikk eierrådighet over og også nettanlegg som tilhørte andre

---

<sup>47</sup> Ot prp nr 43 (1989-90) s. 17. Sitatet er hentet fra Martinsen (2003) side 580.

<sup>48</sup> St.prp. 100 (1990-91) side 23.

<sup>49</sup> Statnett. (u.å.). Historikk. [Sisert: 08.06.04]. Tilgang: <http://www.statnett.no/default.aspx?ChannelID=1050&DocumentID=10315>.

selskaper. Ønsket om at Statnett skulle være eneoperatør i sentralnettet ble eksplisitt uttalt i stortingsproposisjonen:

Statnett må gis disposisjonsrett over de anleggsdeler hos andre anleggseiere som er nødvendig for en effektiv drift av sentralnettet.<sup>50</sup>

Videre ble aktuelle fremgangsmåter for å oppnå operatørstatus for den del av sentralnettet som ikke var eid av Staten skissert. Det ble i den anledning uttalt at Statnett skulle ta sikte på å bli eneste operatør ”gjennom inngåelse av leieavtaler for disse anleggene, eventuelt i kombinasjon med vilkår i omsetningskonsesjonen for anleggseierne.”<sup>51</sup> Dette har igjen blitt fulgt opp i praksis. Statnett har inngått avtaler<sup>52</sup> med de respektive netteierne og administrerer hele sentralnettsordningen.<sup>53</sup>

Statnetts arbeidsoppgaver er i dag å være systemansvarlig nettselskap, herunder være ansvarlig for koordinering og daglig styring av hele det norske kraftsystemet samt å drive sentralnettet, inklusive utenlandsforbindelser.<sup>54</sup>

### 3.6 Konsernmodellen

Etter vedtakelse av energiloven har det skjedd en betydelig omorganisering av norsk kraftsektor. Dette har skjedd gjennom et stort antall oppkjøp og selskapssammenslåinger. I motsetning til hva som var ønsket fra myndighetenes side førte denne omorganiseringen til en *økt* grad av vertikal integrasjon.<sup>55</sup>

En omsetningskonsesjon gis til en bestemt person eller et bestemt selskap. Etter en sammenslåing/oppkjøp må man dermed søke på nytt om konsesjon<sup>56</sup>. For å snu utviklingen valgte NVE og departementet i 1994 å nekte Akershus Energiverk (AEV)

---

<sup>50</sup> St.prp.nr. 100 (1990-91) side 38.

<sup>51</sup> St.prp.nr. 100 (1990-91) side 38.

<sup>52</sup> Statnetts standardavtaler er tilgjengelig via internett: Statnett. (u.å.). Avtaler i sentralnettet. [Benyttet 07.05.04]. Tilgang: <http://www.statnett.no/default.aspx?ChannelID=1119>.

<sup>53</sup> Energifakta. (u.å.). Sentralnettet. [Benyttet 08.06.04]. Tilgang: <http://www.energifakta.no>.

<sup>54</sup> Jfr. Statnett. (u.å.). Hva gjør Statnett?[Sisert 04.05.04]. Tilgang: <http://www.statnett.no/default.aspx?ChannelID=1133>.

<sup>55</sup> Martinsen (2003) side 583.

konsesjon etter oppkjøp av Oppegård kommunale energiverk (Akershussaken).<sup>57</sup> Bakgrunnen for avslaget var at sammenslåingen hadde ført til en uønsket *økt vertikal integrasjon*. Samtidig ble Akershus Energiverk i brev opplyst om at nødvendige konsesjoner ville bli tildelt dersom selskapet ”skiller ut nettvirksomheten reelt og formelt fra produksjonsvirksomheten.”<sup>58</sup> AEV valgte å omstrukturere selskapet i en konsernstruktur hvor morselskapet var et rent holdingselskap og hvor de ulike virksomhetsområdene ble lagt i hvert sitt datterselskap. Denne løsningen ble akseptert av NVE og de nødvendige konsesjoner ble innvilget. Organisering i konsern ble dermed godtatt som en kompromissløsning hvor det både ble tatt hensyn til ønsket om rasjonelle enheter samtidig som ulempene ved vertikal integrasjon ble forsøkt avdempet.<sup>59</sup> I omsetningskonsesjonen til nettselskapet ble det stilt særlige vilkår som gikk på organisatoriske forhold. På bakgrunn av de vilkår som ble stilt i denne og senere saker har det utviklet seg et sett med standardvilkår for omsetningskonsesjoner til nettselskap i konsern.<sup>60</sup> Selve kravet om rettslig atskillelse kommer til uttrykk i konsesjonens pkt. 3.1: ”Konsesjonær skal være et selvstendig selskap som disponerer verdiene tilknyttet egen nettvirksomhet, har eget styre, egen ledelse og egne ansatte”.<sup>61</sup> Det har dermed funnet sted en endring gjennom forvaltningspraksis av hvilke organisatoriske krav som stilles til kraftselskapene. Kravet om konsernstruktur og de nærmere vilkår er hjemlet i adgangen til å sette vilkår ved skjønnsmessige begunstigende vedtak og er dessuten forankret i konsistent forvaltningspraksis.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> For den konsesjonsbelagte virksomhet som lå i det oppkjøpte/innfisjonerte selskapet.

<sup>57</sup> Saken er inngående behandlet av Støle side 16-17.

<sup>58</sup> Nærings- og energidepartementets brev av 6. februar 1996 gjengitt hos Martinsen (2003) side 584.

<sup>59</sup> Martinsen (2003) side 583.

<sup>60</sup> Vilkårene er tilgjengelige på følgende side: NVE. (u.å.) Vilkår i omsetningskonsesjonene og søknadsskjema. [Benyttet 06.05.04]. Tilgang: [http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=3792&iMenuId=503&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Vilk%E5r+og+s%F8knadsskjema](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=3792&iMenuId=503&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Vilk%E5r+og+s%F8knadsskjema).

<sup>61</sup> L.c.

<sup>62</sup> Hammer deler denne oppfatning. Jfr. Falkanger (2002) side 746: ”Likevel må NVE kunne stille denne form for vilkår i forbindelse med omsetningskonsesjoner. Etter at den opprinnelige bestemmelsen om



Lenge var situasjonen den at det ikke ble stilt krav om konsernstruktur etter omorganiseringer som kun medførte *liten grad* av økt vertikal integrasjon. Konsernmodellen som regulatorisk grep utarbeidet gjennom forvaltningspraksis ble kommentert i Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven). Det ble uttalt at ”krav om konsernmodell kan stilles i forhold til alle sammenslåinger, kjøp/oppkjøp, annen ervervelse eller etablering hvor både nettvirksomhet og konkurranseutsatt virksomhet er involvert.”<sup>63</sup> Situasjonen er dermed nå den at NVE har en skjønnsmessig adgang til å stille organisatoriske krav i forbindelse med omstruktureringer i kraftsektoren. Adgangen er likevel ikke uten skranker. Vanlige forvaltningsrettslige prinsipper, særlig forholdsmessighetsprinsippet kan begrense adgangen til å pålegge slike krav.<sup>64</sup> At man har adgang til å stille organisatoriske krav i forbindelse med omorganisering er også tatt inn i de andre typene omsetningskonsesjon som ikke gjelder for nettselskap i konsern. Alle disse konsesjonene har et punkt i standardvilkårene som omhandler endring hvor følgende vilkår er satt inn:

Ved sammenslåinger, kjøp/oppkjøp, annen ervervelse eller etablering hvor både nettvirksomhet og konkurranseutsatt virksomhet er involvert, kan konsesjonæren pålegges ytterligere vilkår om virksomhetens organisasjon, herunder krav om oppdeling i selvstendige juridiske enheter.<sup>65</sup>

### 3.7 Nærmere om innholdet i konsernmodellen

Som nevnt ovenfor er de nærmere organisatoriske kravene til nettselskap i konsern gitt som vilkår i omsetningskonsesjonen. Punkt 3 i omsetningskonsesjonen for nettselskap

---

horisontal integrasjon i enl. § 3-4 nr. 2 ble tatt ut ved 2001-revisjonen, kan dette spørsmålet ikke være tvilsomt.”

<sup>63</sup> Ot.prp.nr. 56 (2000-2001) side 25.

<sup>64</sup> Martinsen (2003) side 587 med videre henvisning til Graver (1999) side 141 flg.

<sup>65</sup> Jfr. NVE. Vilkår i omsetningskonsesjonene og søknadsskjema. [06.05.04]. Tilgang:

[http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=3792&iMenuId=503&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Vilk%E5r+og+s%F8knadsskjema](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=3792&iMenuId=503&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Vilk%E5r+og+s%F8knadsskjema)

inneholder seks underpunkter med detaljerte bestemmelser. Jeg vil videre i dette avsnittet kort gjennomgå innholdet i disse bestemmelsene.<sup>66</sup>

Det stilles for det første et krav om at konsesjonæren skal være et selvstendig selskap. Dette betyr at de ulike virksomhetene som krever omsetningskonsesjon må utøves i hvert sitt selskap. Selskapet må ha eget styre, egen ledelse og egne ansatte. At selskapet skal ha eget styre betyr derimot ikke at styremedlemmene bare kan ha slike verv i nettselskapet. Bestemmelsen er eksempelvis ikke til hinder for at samme person er styremedlem både i morselskapet og i nettselskapet.<sup>67</sup> Morselskapet i et konsern skal være et rent holdingselskap. Det er også gitt bestemmelser om at konserninterne transaksjoner må gjennomføres på bakgrunn av skriftlige avtaler som NVE kan kreve å få tilgang til. Videre stilles det krav til konsesjonærens kompetanse. I dette ligger at nettselskapet må ha ansatte som kan utføre de arbeidsoppgaver som kreves. Dersom nettselskapet er jevnt avhengig av ekspertise fra morselskapet vil dette være i strid med konsesjonsvilkårene. Nettselskapet har ikke adgang til å drive annen form for omsetning av elektrisk energi enn nødvendig kjøp av tapsenergi og kraft for å oppfylle pålagt leveringsplikt. Endelig har nettselskapet plikt til å likebehandle de ulike kraftleverandørene. Dette gjelder både med hensyn til hvilken informasjon som gis til kraftleverandørene og også i forhold til nettselskapets kommunikasjon med nettkundene.

---

<sup>66</sup> De enkelte vilkårene er inngående behandlet av Støle (2001) side 49 flg.

<sup>67</sup> Standardvilkårene innehold tidligere et slikt vilkår, men dette ble fjernet etter flere klager.

## 4 Bakgrunn og sentrale hensyn i det nye direktivet og de nye uavhengighetskravene

### 4.1 Innledning

EUs prosjekt er å etablere et felles europeisk marked og en økonomisk og monetær union.<sup>68</sup> Formålet med dette prosjektet er ifølge EF-traktaten å fremme:

a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States.<sup>69</sup>

EUs indre marked skal i utgangspunktet omfatte alle typer varer og tjenester. I følge EF-traktaten skal det være fri flyt av varer, tjenester, kapital og mennesker. I tråd med dette utgangspunktet ønsker man også å tilrettelegge for fri flyt av kraft og dermed skape et felles europeisk kraftmarked. Formålet bak kraftmarkedsdirektiv II er slik det fremkommer i direktivets artikkel 3 nr 1 å fremme et ”competitive, secure and environmentally sustainable market in electricity”.

### 4.2 Eu og energi

EU har *formelt sett* ikke hatt noen felles energipolitikk.<sup>70</sup> Traktatene har til nå ikke hatt noen spesifikke bestemmelser om energi, slik man eksempelvis har om landbruk og fiske. Derimot har EUs generelle regelverk kommet til anvendelse også på energisektoren. Reglene om konkurranse, statstøtte og det indre marked har gjort at man de facto har kunnet snakke om en europeisk energipolitikk. I den nye EU-konstitusjonen som ble undertegnet 18. juni 2004 er det for første gang tatt inn egne traktatbestemmelser om energi. Det uttales her at fellesskapets energipolitikk skal ha som mål å:

---

<sup>68</sup> EF-traktaten artikkel 2.

<sup>69</sup> L.c.

<sup>70</sup> OED. EUs energipolitikk. (u.å.) [Sitert 30.06.04]. Tilgang:<http://odin.dep.no/oed/norsk/europa/026001-13004/dok-bn.html>.

- (a) ensure the functioning of the energy market,
- (b) ensure security of energy supply in the Union, and
- (c) promote energy efficiency and saving and the development of new and renewable forms of energy.<sup>71</sup>

Kraftmarkedet er et betydelig marked innen EU. Man har derfor gjennom lengre tid hatt som mål å etablere et felles europeisk kraftmarked. Selv om ikke området har vært særregulert på traktatnivå, har man med utgangspunkt i EU-rettsens prinsipielle bestemmelser gitt egne rettsakter for kraftsektoren.<sup>72</sup>

Kraftmarkedsdirektiv II er en del av en større ”pakke”. Parallelt med kraftmarkedsdirektiv II vedtok EU direktiv 55/2003/EF om felles regler for det indre gassmarkedet (gassmarkedsdirektiv II) og dessuten forordningen (EF) nr. 1228/2003 vedrørende betingelser for adgang til nettet ved grenseoverskridende handel med elektrisitet.

#### 4.3 Fra kraftmarkedsdirektiv I til kraftmarkedsdirektiv II

EU vedtok i 1996 direktiv 96/92/EF om felles regler for det indre marked for elektrisitet. Dette direktivet vil senere i oppgaven bli omtalt som *det første kraftmarkedsdirektivet* eller *kraftmarkedsdirektiv I*.

Vedtakelsen av kraftmarkedsdirektiv I var et betydelig skritt i retning av et indre marked for kraft. Man fikk bestemmelser om gradvis markedsåpning, regnskapsmessig atskillelse av nett- og annen kraftvirksomhet, samt et ”operasjonelt skille” mellom driftskoordinering<sup>73</sup> og andre funksjoner som ikke angår transmisjon, jfr. kraftmarkedsdirektiv I artikkel 7 nr 6. I tillegg inneholdt direktivet regler om at andre

---

<sup>71</sup> Grunnlov for Europa artikkel III-157

<sup>72</sup> Selv om kraftmarkedsdirektiv II ligger innenfor EUs første pilar (det tradisjonelle EF-samarbeidet) velger jeg å benytte terminologien EU-rett/EU. Domstolen betegnes likevel på bakgrunn av dens kompetanse som EF-domstolen. Min begrepsbruk er dermed i samsvar med den som er benyttet i EØS-rett. Se særlige EØS-rett (2004) side 22 flg.

<sup>73</sup> Tiltak for å opprettholde momentbalanse mellom total produksjon og samlet forbruk av kraft og samordning for å sikre at ikke overføringskapasiteten overskrides omtales som *driftskoordinering*.

aktører enn nettselskapet skulle sikres adgang til nettet enten etter en ordning med forhandlet/regulert tredjemannsadgang eller gjennom en enekjøperordning.<sup>74</sup>

Resultatene av kraftmarkedsdirektiv I kommenteres på følgende måte i fortalen til kraftmarkedsdirektiv II:

Experience in implementing this Directive shows the benefits that may result from the internal market in electricity, in terms of efficiency gains, price reductions, higher standards of service and increased competitiveness.<sup>75</sup>

Reglene i kraftmarkedsdirektiv I var likevel utformet på en slik måte at de førte til ulik grad av markedsåpning og konkurranse i de respektive land. I noen land gikk utviklingen raskt, mens det i andre land gikk mye senere. Disse ulikhetene med hensyn til grad av markedsåpning ble av EU-systemet ansett som et hinder for effektiv konkurranse. Det Europeiske Rådet avholdt 23-24. mars 2000 møte i Lisboa. På dette møtet ble det vedtatt nye strategiske mål for EU. Målet for det neste tiåret var å bli den mest konkurransedyktige, dynamiske og kunnskapsbaserte økonomien i verden.<sup>76</sup> Bakgrunnen for ønsket om å akselerere samarbeidet var blant annet utfordringen fra den stadig økende globaliseringen av verdenshandelen.<sup>77</sup> For å nå disse målene besluttet man å trappe opp prosessen med strukturelle reformer for å øke konkurransen og sette fart i fullførelsen av det indre marked. Det ble i den sammenheng også rettet et særlig søkelys på energisektoren. I den anledning fremsatte Det Europeiske Rådet følgende anmodning om å iverksette tiltak for å fremme et ”fully operational internal market” for energi<sup>78</sup>:

The European Council accordingly asks the Commission, the Council and the Member States, each in accordance with their respective powers:

- to speed up liberalisation in areas such as gas, electricity,

---

<sup>74</sup> Disse alternative modellene er beskrevet av Hammer (1999) side 321 flg.

<sup>75</sup> Kraftmarkedsdirektiv II fortalen pkt. 2.

<sup>76</sup> The Council of the European Union. (24.03.00). Presidency Conclusions, Lisbon European Council. Nr: 100/1/00. Pkt 1.A. [Siter: 17.03.04]. Tilgang: [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm).

<sup>77</sup> L.c.

<sup>78</sup> Ibid. pkt 17.

Denne oppfordringen resulterte i at et revisjonsarbeid ble satt i verk. Etter en lengre prosess ble resultatet to helt nye direktiver som ble vedtatt sommeren 2003 – kraftmarkedsdirektiv II og gassmarkedsdirektiv II. De nye direktivene, med sine nye krav om atskillelse av monopol- og konkurransebasert virksomhet, var dermed et svar på Rådets initiativ og nye offensive strategiske tenkning.

Ser man kraftmarkedsdirektiv II i forhold til kraftmarkedsdirektiv I er det klare inntrykk at man nå har gått betydelig lenger i både markedsåpning og også når det gjelder andre tiltak for å bedre konkurransemulighetene på kraftmarkedet. Som det fremgår av fortalen til kraftmarkedsdirektiv II, var det betydelige mangler ved kraftmarkedsdirektiv I:

However, important shortcomings and possibilities for improving the functioning of the market remain, notably concrete provisions are needed to ensure a level playing field in generation and to reduce the risks of market dominance and predatory behaviour, ensuring non-discriminatory transmission and distribution tariffs, through access to the network on the basis of tariffs published prior to their entry into force,...<sup>79</sup>

De viktigste endringene dersom man sammenholder kraftmarkedsdirektiv I og kraftmarkedsdirektiv II er for det første at det nå er innført krav om at nettvirksomheten selskapsmessig og funksjonelt skal være atskilt fra produksjons- og omsetningsvirksomhet. Alle kunder skal dessuten gis rett til fritt å velge leverandør. For bedriftskunder skal dette være gjennomført 1. juli 2004 og for husholdningskunder innen 1. juli 2007. Videre skal det nå, jfr. artikkel 23, være en uavhengig regulator som blant annet skal fastsette eller godkjenne tariffen samt fastsette vilkår for tredjemannsadgang. Tariffene for nettagang skal være allment tilgjengelig. Regler om tredjepartsadgang er gitt i artikkel 20. I motsetning til tidligere er det nå kun en hovedmodell for adgang til nettet. Utgangspunktet er regulert tredjepartsadgang, men andre systemadgangsmodeller kan i visse tilfeller benyttes. Endelig er miljø og forbrukervern styrket i det nye direktivet. Eksempelvis skal selskapene pålegges å informere om hvilke energikilder som er benyttet i kraftproduksjonen, jfr. artikkel 3 nr

---

<sup>79</sup> Kraftmarkedsdirektiv II fortalen pkt 2.

6. Gjennom dette gis forbrukerne muligheten til eventuelt å velge å kjøpe kraft fra miljøvennlige kraftkilder som vind- eller vannkraftverk.

#### 4.4 Naturlig monopol for nettdrift

Noe av bakgrunnen for at man har valgt å innføre krav om funksjonelt og selskapsrettslig skille mellom nett og omsetning har å gjøre med en del særegne faktiske forhold som gjør seg gjeldende i kraftsektoren. Som jeg tidligere har gjort rede for, er krafthandel en nettbundet handel. Ethvert fysisk kraftsalg vil være avhengig av en transporttjeneste. Transport av kraft mot vederlag er kjernen i drift og operasjon av kraftnett.<sup>80</sup> Dette anses som en type virksomhet hvor det foreligger en naturlig monopolsituasjon.<sup>81</sup> Naturlige monopol er en spesiell type monopol da det verken er fysisk umulig å bygge ut alternative og konkurrerende nett eller eksisterer noe eksplisitt forbud mot slike.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Drift og operasjon av nett kan splittes opp i en rekke funksjoner. I tillegg til selve det å transportere kraften utføres en lang rekke koordinerende funksjoner av nettselskapene jfr. Hammer (1999) side 45 flg.

<sup>81</sup> Det heter i energilovforskriften §4-2 om virkeområdet for omsetningskonsesjon at "(e)nheter som omsetter elektrisk energi eller som kan stå i en eller annen form for monopolsituasjon, må ha omsetningskonsesjon. Dette gjelder blant annet enheter som eier eller driver fordelings- eller overføringsnett.". Det uttales dessuten i St.mld.nr. 29 (1998-99) Om energipolitikken i avsnitt 6.1 at: "Overføring av kraft er definert som et naturlig monopol". Hvorvidt det foreligger naturlig monopol innenfor drift av overføringsnett har videre vært undersøkt av Reizel og Bergwitz i siviløkonomoppgaven "krafttransportmarkedet i Norge – et naturlig monopol". Konklusjonen etter analyse av stordriftsfordeler og skalafordeler i norske e-verk var at parallelle nett ikke burde bygges ut og at det dermed foreligger en naturlig monopolsituasjon.

<sup>82</sup> Det er tvilsomt om et alternativt konkurrerende nett ville blitt gitt konsesjon i Norge. Dette i og med at et slikt tiltak lett ville kommet i strid med energilovens formålsbestemmelse i § 1-2 hvor målet er at overføring skal skje på en samfunnsmessig rasjonell måte. I rapporten *Avklaring av tilsynet med konkurranseforholdene i kraftmarkedet* fra Konkurransetilsynet (udatert) uttales det at "Bygging av parallelle nettanlegg er normalt ikke økonomisk rasjonelt for samfunnet. NVE gir ikke konsesjoner til parallelle, konkurrerende nettanlegg."

Med naturlig monopol siktes det til en situasjon hvor en økonomisk virksomhet har særlige stor- og samdriftsfordeler på produksjons-/driftssiden.<sup>83</sup> En bedrift anses for å ha naturlig monopol dersom bedriftens kostnadsstruktur er subadditiv<sup>84</sup> innenfor den grense som settes av markedet, med andre ord når stor- og samdriftsfordelene når et slikt nivå at det utgjør en hindring for parallelletablering. Et naturlig monopol kalles dermed naturlig fordi det er selve kostnadsforløpet ved økende produksjonsnivå som motvirker konkurrerende etableringer. Det forhold at et naturlig monopol har absolutte kostnadsfordeler vis-à-vis andre potensielle aktører setter dermed en effektiv sperre for konkurranse. Innen virksomheter hvor det forligger naturlig monopol vil det kunne være en mulighet for "fløteskumming" ved å foreta parallelletablering på de mest attraktive strekningene, eksempelvis kunne dette vært mulig i de største byene. Konkurranse vil her lede til ineffektiv ressursbruk i og med at de totale kostnadene vil øke og dette er dermed lite ønskelig sett fra et samfunnsøkonomisk perspektiv.

#### 4.5 Tilrettelegging for konkurranse

Konkurranse er lite egnet på områder med naturlig monopol. Kostnadene det vil medføre å bygge to eller flere parallelle nett vil være større enn den effektivitetsgevinst man ville kunne oppnå ved å åpne for konkurranse. Effektivitetshensyn taler her for at slik virksomhet bør utøves gjennom regulerte monopoler.

Innenfor produksjon og omsetning finnes det derimot ikke slike stor- og samdriftsfordeler. Her er derimot situasjonen velegnet for konkurranse. Innenfor samme virksomhetssfære finnes det dermed både områder som er egnet for konkurranse og områder hvor det er naturlig monopol og dermed mer samfunnsøkonomisk rasjonelt med regulerte monopoler.

---

<sup>83</sup> Presentasjon av begrepet naturlig monopol er basert på Naturlig monopol i norsk telekommunikasjon: teori og empiri (1995) side 1-3 flg.

<sup>84</sup> "Kostnadsstrukturen sies å være subadditiv dersom et gitt kvanta av en gitt mengde produkter kan produseres til lavere kostnad ved å konsentrere produksjonen i en bedrift enn ved å spre produksjonen på to eller flere bedrifter.", Naturlig monopol i norsk telekommunikasjon: teori og empiri (1995) side 1.



Selv om omsetning/produksjon i og for seg er et egnet område for konkurranse, har det tradisjonelt ikke vært åpning for dette i Europa. Kundene har måttet kjøpe kraft av det selskapet som drev nettet de var tilknyttet. Eventuelle andre produsenter har måttet selge sin kraft til de som hadde nett og som igjen solgte kraften videre. Ved at man åpner for konkurranse, i den forstand at kundene har adgang til å kjøpe kraft fra den de måtte ønske og ikke bare den som eier nettet der man bor, fikk man ulike typer tilbydere av kraft som begge har samme målgruppe. Man får krafttilbydere som disponerer nett og krafttilbydere som ikke gjør det. Drift av nett er kostnadskrevenende og det er naturlig at utgiftene her i siste omgang belastes sluttbrukerne. Derfor betaler man ved kjøp av kraft både for selve kraften og for nettleie.

Produsenter som driver nett konkurrerer med de som ikke gjør det om de samme kundene. I en slik situasjon vil det å være eier/operatør av nettet kunne representere et konkurransefortrinn. For det første har man et fortrinn på informasjonssiden. Som nettoperatør har man direkte tilgang på data om alle tilknyttede nettkunder. De data en har tilgang på er informasjon om utvikling i strømforbruk, når på året/døgnet strømforbruket er høyest etc.

I tillegg har en slik ”dobbeltektør” to ulike inntektskilder. Nettleie får man fra alle som er tilknyttet ens nett. Dessuten får en betalt for kraften fra de kraftkundene man leverer til. Selskaper har typisk en rekke faste kostnader. Man må ha kontorfasiliteter, personale, datasystemer, forsikringer mv. I og med at man får nettleie fra alle ens nettkunder og ikke står overfor konkurranse når det gjelder nettvirksomheten, kan det være fristende å ta inn mest mulig her. Dermed vil man stå igjen med færre kostnader som må dekkes inn i den pris man tar for den kraften man selger. Dette vil gjøre det mulig å tjene penger på å selge kraft til en lavere pris enn det produsenter som ikke driver nett har mulighet til. En slik måte å allokere kostnader på kalles krysssubsidierting. I vårt tilfelle vil nettdriften subsidiere kraftproduksjonen og dermed gi den et konkurransefortrinn.

At enkelte av aktørene i markedet har et slikt konkurransefortrinn vil kunne ha en negativ effekt for konkurransen totalt sett. Produsenter med slikt konkurransefortrinn vil kunne utkonkurrere andre aktører fullstendig slik at man på sikt ville få tilnærmet monopol også på kraftomsetning. Dette er dermed ikke en ønsket utvikling sett fra et samfunnsøkonomisk perspektiv.

Konkurransesituasjonen på kraftmarkedet ble gjennomgått av Kommisjonen i forbindelse med det første utkastet til gass- og kraftmarkedsdirektiv.<sup>85</sup> Konklusjonen var at nye produsenter rent faktisk ble hindret i å få adgang til markedet og at forbindelsene mellom produksjon, transport, distribusjon og forsyning var en hindring for konkurranse. Kommisjonen så det slik at de store selskapene i realiteten ikke var utsatt for konkurranse og opptrådte som om de hadde monopol. I fortalene til kraftmarkedsdirektiv II uttales det at "network access (must) be non-discriminatory, transparent and fairly priced" for at konkurransen på kraftmarkedet skal kunne fungere.<sup>86</sup>

Muligheten for krysssubsidiering og utnyttning av dobbeltrolle har vært forsøkt motvirket gjennom ulike tiltak. I forhold til sluttbrukerne er det viktigste i første omgang at det er regulert hva nettselskapene har kunnet ta i nettleie. I kraftmarkedsdirektiv I ble det så innført et krav om at virksomheter som drev både nett og omsetning/produksjon skulle gjennomføre et regnskapsmessig skille mellom de ulike virksomhetsområdene. Dermed ønsket man å komme krysssubsidiering til livs. Riktig fordeling av felleskostnader forble likevel en komplisert materie med rike muligheter for tilpassninger. Dessuten vanskeliggjorde tidligere praksis hvor man kun offentliggjorde konsernregnskaper å analysere om krysssubsidiering forekom.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> COM (91) 548 FINAL.

<sup>86</sup> Kraftmarkedsdirektiv II, fortalen pkt 6.

<sup>87</sup> COM (91) 548 FINAL side 7.

Fra EUs side er intensjonen bak kravene om funksjonell og selskapsmessig atskillelse å ytterligere separere nettvirksomhet fra omsetning/produksjon. På den måten vil man hindre krysssubsidiering og annen misbruk av dobbeltroller. Gjennom dette skal produsenter og omsettere som ikke driver nett oppnå ikke-diskriminerende tilgang til nettet og dermed like konkurransevilkår.

Nødvendigheten av ikke-diskriminerende nettilgang påpekes i direktivets fortale:

In order to complete the internal electricity market, non-discriminatory access to the network of the transmission or the distribution system operator is of paramount importance.<sup>88</sup>

Formelle og organisatoriske krav skal altså hindre at produksjons-/omsetningsinteresser påvirker beslutningsprosessene i nettvirksomheten. I fortalens punkt 8 heter det i den anledning at : “A non-discriminatory decision-making process should be ensured through organisational measures regarding the independence of the decision-makers responsible” (min understrekning).

#### 4.6 Andre hensyn

Kraftmarkedsdirektiv II er ikke bare preget av konkurransehensyn. Direktivet har bestemmelser som innebærer plikt til å gjennomføre også andre typer bestemmelser enn det som er nødvendig for å tilrettelegge for konkurranse. Selv om konkurranse i henhold til EUs grunnleggende prinsipper i seg selv er et middel til å oppnå velferdsgoder, gir sosiale og miljømessige hensyn konkrete utslag i operative bestemmelser. Dette ser en blant annet i direktivets artikkel 3, som har overskriften ”Public service obligations and customer protection”. Etter artikkel 3 tredje ledd skal husholdningskunder ha rett til:

universal service, that is the right to be supplied with electricity of a specified quality within their territory at reasonable, easily and clearly comparable and transparent prices.

At slike hensyn måtte ivaretas har vært fremme gjennom hele arbeidet med etablering av et indre marked for kraft. Det ble blant annet uttrykt fra Kommisjonen at i forhold til

---

<sup>88</sup> Kraftmarkedsdirektiv II, fortalen punkt 7.

regulering av kraftmarkedet måtte: "public service aspects (must) be taken into account, such as security of supply, quality of service and universal service."<sup>89</sup> At tilrettelegging for konkurranse ikke kunne være det eneste styrende hensyn på området ser en også av følgende uttalelse fra Kommisjonen: "Under no circumstances could completion of the internal market override the need to guarantee a service tailored to underprivileged citizen".<sup>90</sup>

Ved utviklingen av nye regler har man også måttet ta hensyn til vernet om privat eiendomsrett. Dette er et sentralt hensyn og jfr. EF-traktaten artikkel 295 skal ikke EU-rettslige bestemmelser "prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership". Dette er noe av bakgrunnen for at man i kraftmarkedsdirektiv I ikke gikk lengere enn å kreve regnskapsmessig atskillelse. Hammer kommenterer dette på følgende måte:

Kraftmarkedsdirektivet reflekterer EF-traktatens grunnleggende prinsipper. I samsvar med EF-traktaten art. 295 krever direktivet ingen privatisering eller selskapsmessig omorganisering av kraftforsyningen, men kun et regnskapsmessig skille mellom produksjon, transmisjon og distribusjon av kraft, jfr. Direktivet art. 14 nr. 3, samt et operasjonelt skille mellom driftskoordinering og andre funksjoner som "ikke vedrører transmisjonssystemet" jfr. Direktivet art. 7 nr 6.<sup>91</sup>

Når man nå likevel har gitt bestemmelser om selskapsmessig og funksjonell atskillelse i kraftmarkedsdirektiv II har man måttet gjøre dette på en måte som ikke legger begrensninger i forhold til nasjonale regler om eiendomsrett. Derfor uttales det blant annet i fortalen at "(l)egal separation does not imply a change of ownership of assets"<sup>92</sup> og videre at "this Directive is not addressing ownership".<sup>93</sup> Hvorvidt oppfyllelse av de funksjonelle og selskapsmessige atskillelseskravene kan gjennomføres uten at dette i

---

<sup>89</sup> COM (2000) 769 final. Towards a European strategy for the security of energy supply. (Green Paper). 29.11.00. side 58.

<sup>90</sup> COM (2000) 769 Final. Towards a European strategy for the security of energy supply. (Green Paper). (29.11.00). side 59.

<sup>91</sup> Hammer (1999) side 386.

<sup>92</sup> Kraftmarkedsdirektiv II fortalen pkt 8.

<sup>93</sup> Kraftmarkedsdirektiv II fortalen pkt 10.

enkelte tilfeller de facto fordrer et eiermessig skille vil bli behandlet i forbindelse med gjennomgang av ulike selskapsstrukturer og deres forhold til direktivets krav.

## **5 De nye uavhengighetskravene – struktur, oppbygning og virkemiddelbruk**

### **5.1 Innledning**

De nye atskillelseskravene er gitt i form av uavhengighetskrav som oppstilles for nettoperatørene. Direktivets atskillelseskrav er dels systematisert tematisk og dels etter hvilke type nettoperatør det er tale om. Den tematiske inndelingen ser en i at direktivet har egne bestemmelser om regnskapsmessig skille. Reglene om ”unbundling of accounts” er gitt i direktivets artikkel 19. I denne artikkelen oppstilles det felles regler for operatører på alle nettnivå. De selskapsrettslige og funksjonelle atskillelseskravene er derimot splittet opp i ulike bestemmelser for de ulike nettnivåene. Krav om at transmisjonssystemoperatører skal være selskapsmessig og funksjonelt uavhengig fremkommer i artikkel 10, mens kravet til distribusjonssystemoperatører fremkommer i artikkel 15 og kravet til operatører for kombinerte nett i artikkel 17.

### **5.2 Tilnærmet identisk regulering**

De tre bestemmelsene i artikkel 10, 15 og 17 er tilnærmet identiske.<sup>94</sup> Alle bestemmelsene starter med angivelse av bestemmelsens virkeområde. Deretter oppstilles krav om selskapsmessig uavhengighet, uavhengig organisasjon og uavhengig beslutningstaking. Disse atskillelseskravene er nokså generelle i formen. Bestemmelsene inneholder videre en katalog med såkalte ”minimum criteria” som må oppfylles. Disse minimumskriteriene er mer detaljerte og presise bestemmelser som utfyller og komplementerer de generelt utformede uavhengighetskravene. Katalogen med minimumskriterier er identisk i de tre respektive bestemmelsene.

---

<sup>94</sup> Bestemmelsene er som tidligere nevnt gjengitt i sin helhet som vedlegg 1.

Sammenhengen mellom minimumskriteriene og de mer generelt utformede uavhengighetskravene fremgår av det man kan kalle et ”koblingsledd” som angir minimumskriterienes formål. På dette punkt avviker de tre bestemmelsene noe fra hverandre. I artikkel 10 heter det at minimumskriteriene skal gjelde ”(i)n order to ensure the independence of the transmission system operator referred to in paragraph 1”. Den uavhengighet som er nevnt i første avsnitt er uavhengighet med hensyn til ”legal form, organisation and decision making”. I artikkel 15 annet ledd skal minimumskriteriene gjelde for å oppnå ”this”, som her viser tilbake på uavhengighet med hensyn til ”organisation and decision making” i samme setning. Direkte etter ordlyden kan det dermed se ut som om minimumskriteriene er gitt med noe ulikt formål i disse to bestemmelsene. Dette i og med at krav om selskapsmessig atskillelse ikke er med i artikkel 15 annet ledd. Spørsmålet blir så om dette kan tillegges noen rettslig betydning. Formålsbetraktninger og formålsangivelser er en relevant rettskilde i EU-/EØS-retten og kan være sentral ved tolkning av direktiver mv.<sup>95</sup> I vårt tilfelle er det likevel en del forhold som kan tale for at ulikheten i ordlydene ikke bør tillegges særlig stor betydning. For det første skyldes det direktivets unntaksbestemmelser at det bare henvises til funksjonell og ikke selskapsmessig atskillelse i artikkel 15 annet ledd. Unntaksbestemmelsen i artikkel 30 tillater medlemslandene å utsette gjennomføringen av selskapsmessig atskillelse for distribusjonssystemoperatører. Derimot gis det ikke adgang til å utsette gjennomføring av funksjonell atskillelse. Unntaksbestemmelsen er rent teknisk gitt på den måte at det er adgang til å vente med å gjennomføre direktivets artikkel 15 første ledd.<sup>96</sup> For å få frem at kravet om funksjonell atskillelse likevel gjelder, gjentas deler av første ledd i artikkel 15 annet ledd. Angivelsen av minimumskriterienes formål, slik dette står i artikkel 15 annet ledd, er dermed utformet av hensiktsmessighetsgrunner for å være tilpasset unntaksadgangen. Dette taler for at minimumskriteriene slik de står i artikkel 15 annet ledd *ikke* skal tolkes annerledes enn minimumskriteriene i artikkel 10 annet ledd og 17 første ledd.

---

<sup>95</sup> Jfr. Arnesen (1994) side 34 flg.

<sup>96</sup> Unntaksreglene er mer inngående behandlet i kapittel 9.

Et annet moment som trekker i samme retning er at minimumskriteriene etter sitt innhold må sies å angå organisatoriske og beslutningsmessige forhold. Selskapsmessig atskillelse er på sin side et rent formelt krav som innholdsmessig er relativt klart definert. Å skulle ta hensyn til mål om rettslig atskillelse ville ikke tilføre noe eller gi noen veiledning ved tolkning av minimumskriteriene. Det som gir mening er å tolke minimumskriteriene som instrumenter for å oppnå organisatorisk og beslutningsmessig atskillelse. Dette må dermed være det sentrale.

Mitt inntrykk er dessuten at man gjennomgående ikke har vært svært stringent med hensyn til ordvalg og oppbygning/nummerering i direktivet. Som eksempel på dette kan nevnes bestemmelsen i artikkel 14 om ”Tasks of Distribution system Operators”. I denne bestemmelsen er operatørens arbeidsoppgaver listet opp med numrene 1-7. I artikkel 9 er derimot ”Tasks of Transmission System Operators” listet opp med bokstavene bokstavene a-f. Det virker også nokså tilfeldig om de enkelte ledd i artiklene er nummerert eller ikke. Dette taler etter min mening for at man bør vise en viss varsomhet med å tillegge små språklige nyanser og ulikt ordvalg avgjørende rettslig betydning. Spesielt må det være tilfellet hvor det er snakk om uttrykk som ikke er definert i direktivets begrepskatalog i artikkel 2.

Min konklusjon er dermed at ulikheten i bestemmelsenes ordlyd, med hensyn til hva minimumskriteriene er satt for å oppnå, ikke kan tillegges noen særlig betydning ved fastleggelse av minimumskriterienes innhold.

### 5.3 Direktivets virkemiddelbruk

Regulering av kraftmarkedet har både i Norge og ellers i Europa vært gjennomført ved et bredt spekter av regulatoriske instrumenter. Dette har innbefattet direkte statlig engasjement, lovbestemt regulering, konsesjonssystemer, forhandlingssystemer, avtaler og økonomiske virkemidler som skatter, subsidier og garantiordninger.<sup>97</sup>

Selv om arsenalet av virkemidler har vært betydelig, kan likevel de konstruksjoner som benyttes i kraftmarkedsdirektiv II i noen grad ses på som en reguleringssteknisk utvikling. Direktivet setter ikke bare forbud mot uønsket adferd som kryssubsidiering og kommersiell utnyttning av sensitiv informasjon. I tillegg til dette oppstilles det krav om innføring av atskillelseskrav som kan ses som et organisatorisk regime utformet for å hindre at slik opptreden i det hele tatt skal kunne forekomme. Istedenfor bare å oppstille handlingsregler har man altså valgt en indirekte form for regulering ved å eliminere de dobbeltposisjoner som kunne gjort konkurranseskadelig adferd mulig. De funksjonelle og selskapsmessige atskillelseskravene skiller seg her også fra det tidligere kravet om regnskapsmessig skille. Dette kravet hadde først og fremst som formål å være et instrument for i ettertid å kunne vurdere hvorvidt kryssubsidiering *hadde funnet sted*. Funksjonell og selskapsmessig atskillelse hindrer derimot kryssubsidiering og informasjonsmisbruk i å *oppstå*.

Et annet interessant trekk i direktivet er hvordan selskapene selv trekkes inn og gjøres ansvarlig for kontroll og gjennomføring. Nettforetakene må etablere et overvåknings- og oppfølgingsprogram ("compliance program"), jfr. artikkel 10 annet ledd bokstav d, 15 annet ledd bokstav d, og 17 første ledd bokstav d, som vil bli nærmere behandlet i avsnitt 8.4. Gjennom dette programmet er det foretakene selv som må kontrollere at de etterfølger de krav som følger av direktivet og foretakene må rapportere om dette til myndighetene.

Slike internkontrollsystemer er etter min oppfatning en effektiv reguleringssteknikk hvor virksomhetene blir ansvarliggjort og hvor det offentlige kontrollengasjementet kan begrenses. Det er ikke snakk om å avskaffe offentlig kontroll med at pålegg og regler etterfølges, men foretakenes rapporter er et nyttig virkemiddel som rasjonaliserer kontrollarbeidet. Den offentlige kontroll blir dermed i første rekke en gjennomgang av virksomhetenes egenkontroll. Slike internkontrollordninger representerer på sett og vis en overgang "fra detaljkontroll til en offentlig kontroll på overordnet plan."<sup>98</sup> Generelt

---

<sup>97</sup> Energy Law in Europe (2001) side 984.

<sup>98</sup> Kaasen (1984) side 459.



kan man dermed si at internkontroll representerer en effektivisering og forenkling av offentlig styring.

Internkontrollordninger har vunnet stadig økt utbredelse både i Norge og i resten av Europa. Særlig innen helse, miljø og sikkerhet (HMS) har man sett fremvekst av slike ordninger. For Norges vedkommende er det redegjort for denne utviklingen i Ot.prp. nr 67 (1999-2000) vedrørende endringer i flere HMS-lover. Et eksempel på slik regulering er forskrift nr. 1127 om systematisk helse, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter av 6. desember 1996 (Internkontrollforskriften). Det første området hvor internkontroll ble anvendt i stor utstrekning i Norge var innen petroleumsvirksomheten. Sikkerhetsregulering innen denne sektoren er inngående behandlet av Kaasen i doktoravhandlingen "Sikkerhetsregulering i Petroleumsvirksomheten".

Nok et interessant utviklingstrekk er, slik jeg ser det, en generell tendens til at reguleringsspørsmål løftes opp og diskuteres på et metaplan. Diskusjon rundt reguleringsteknikk på tvers av livsområder ser en både på nasjonalt og europeisk nivå.

Stortingsmeldningen om statlige tilsyn av 24. januar 2003 er et eksempel på helhetlig tenkning rundt regulering i Norge. Internkontrollregimer og lignende tiltak står her sentralt. Når det gjelder generelle prinsipper om hvordan statlig tilsyn bør utøves uttales det i Stortingsmeldingen at:

"Regelverket bør på mange områder endres slik at det i større grad angir målsetninger som skal realiseres uten detaljregulering som angår hvordan målene oppnås. I forlengelsen av en slik endring er det også grunnlag for sterkere fokus på prinsippet om internkontroll. Samlet vil disse målsetningene gi tilsynsobjektene større rom for innflytelse til å velge virkemidler som er mest mulig tilpasset virksomhetens karakter, men som også gir økt ansvar for å følge opp lovgivningens formål."<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> St.mld. nr. 17 (2002-2003) side 26.

Innen EU-systemet har man i løpet av de siste årene fått både EUs hvitbok om europeisk forvaltning kalt ”European Governance”<sup>100</sup> og Kommisjonens handlingsplan ”Simplifying and improving the regulatory environment”.<sup>101</sup> Også innen OECD har det foregått et arbeid med reguleringsreformer kalt ”OECD Regulatory Reform Programme”.

Denne utviklingen har ført til at regulering på ulike livsområder har blitt mer uniform. Helhetstenkning har kommet inn idet man også har fått større fokus på forholdet til tilgrensede sektorer. Her er kraftmarkedsdirektivet og det parallelle gassmarkedsdirektivet et godt eksempel. Elektrisk kraft og gass er i stor grad konkurrerende energiprodukter. Begge disse produktene er dessuten infrastrukturavhengige. Så lenge ikke andre forhold som miljøhensyn eller lignende gjør det ønskelig å styre markedsaktørene, bør det derfor tilstrebes mest mulig like rammebetingelser. Disse hensynene har ligget bak utarbeidelsen av de nye direktivene i energisektoren. Direktivene ble som tidligere nevnt vedtatt samtidig og som en ”pakke”. I direktivene ser man både materielt og strukturelt en tydelig konvergens i reguleringen av kraft- og gassektoren.

## **6 De nye uavhengighetskravenes anvendelsesområde**

### **6.1 Innledning**

Kraftmarkedsdirektivet er, i egenskap av det å være et EU-direktiv, et pålegg til medlemsstatene, og på sikt også eventuelt EØS-landene gjennom EØS-avtalen, om å bringe sin lovgivning i samsvar med de regler som følger av direktivet. At medlemslandene er pliktsubjekt fremgår uttrykkelig av direktivets bestemmelse i artikkel 32. Det uttales her at ”(t)his Directive is addressed to the Member States.” Det

---

<sup>100</sup> COM (2001) 428.

<sup>101</sup> COM (2002) 278.

samme følger også av de generelle reglene om direktivers funksjon og status i EF-traktaten artikkel 249 tredje ledd:

A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.

Det er likevel interessant å ta opp hva som er bestemmelsenes anvendelsesområde. Direktivet trekker i stor grad opp grensene for *hvem* medlemslandene må stille krav til. Anvendelsesområdet vil dermed være det området hvor landene har plikt til å la de regler man kan utlede av direktivet komme til anvendelse. Reglene om rettslig og funksjonell atskillelse av monopolbasert og konkurransebasert virksomhet er som tidligere nevnt gitt i tre selvstendige bestemmelser. Man kan dermed si at hver av disse bestemmelsene i utgangspunktet har sitt eget anvendelsesområde. Bestemmelsene er utformet for å nå ulike virksomheter. Likevel er likhetstrekkene mellom anvendelsesområdene så store at det er hensiktsmessig med en fellesbehandling også på dette punkt.

Spørsmålet om når medlemslandene pålegges å la de bestemmelser som kan utledes av direktivet komme til anvendelse, kan igjen splittes opp i flere underspørsmål. Det er avgrensninger i ulike plan som samlet definerer regelsettenes anvendelsesområde. De avgrensninger jeg her sikter til er spørsmålene om hvor medlemsland i EU/EØS geografisk, tidsmessig, og personelt har plikt til å gjennomføre atskillelseskravene.

## 6.2 Geografisk anvendelsesområde

Spørsmålet om i hvilket område medlemslandene har plikt til å gjennomføre direktivets krav er i utgangspunktet et spørsmål om EU-rettens og EØS-rettens geografiske utstrekning. Utgangspunktet er at bestemmelsene må gjennomføres i det området som det enkelte land har ansvar for å lovregulere, med andre ord medlemslandenes og EØS-landenes territorium. EØS-avtalen omfatter derimot ikke norsk kontinentalsokkel.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Jfr. St.prp.nr. 36 (2003-2004) side 3. Dette synspunktet er riktignok noe omstridt. Norske myndigheter har i stor grad valgt å la EØS-rett også komme til anvendelse på kontinentalsokkelen. Dette gjelder blant annet gassmarkedsdirektiv I mv. Se OED, (u.å.). Oversikt over EU-direktiv som er implementert i olje-,

Eventuelle nettanlegg på kontinentalsokkelen vil derfor ikke nødvendigvis bli berørt av direktivets bestemmelser.

### 6.3 Tidsmessig anvendelsesområde

Med det tidsmessige anvendelsesområde forstår jeg det tidsrom hvor reglene vil sette krav til medlemslandenes lovgivning. Fra hvilket tidspunkt reglene eventuelt vil stille krav til norsk lovgivning er ennå ikke fastlagt.<sup>103</sup> De tidsmessige aspektene ved kravet om gjennomføring i EØS er nærmere behandlet i avsnitt 11.2. Tema for dette avsnittet er dermed kun ikrafttredelse og frist for implementering i EUs medlemsland.

Etter artikkel 31<sup>104</sup> trer direktivet i kraft 20 dager etter publisering i Unionstidene. Direktivet ble publisert den 15. juli 2003 og trådte dermed i kraft den 4. august 2003. Direktivet inneholder egne regler som setter frist for implementering. Fra dette tidspunktet må direktivets bestemmelser være gjennomført og virksomme i medlemslandene. Bestemmelsene om frist for implementering er gitt i direktivets artikkel 30. Utgangspunktet etter artikkel 30 første ledd er at de lover og reguleringer som trengs i det enkelte medlemsland for å overholde direktivets krav må være virksomme fra 1. juli 2004. Dersom ikke de interne reglene gjelder fra vedtakelsestidspunktet, må landene sørge for å ha startet prosessen så tidlig at reglene gjelder fra tidspunktet for fristens utløp.

### 6.4 Personelt anvendelsesområde (Hvem må medlemslandene regulere?)

#### 6.4.1 Innledning

Med begrepet personelt anvendelsesområde forstår jeg den gruppe av personer, fysiske og juridiske, som direktivet gir anvisning på at landene må utarbeide regler om rettslig og funksjonell atskillelse for. I og med at direktivet setter minimumsregler som statene

---

gass- og energisektoren. [sitert 20.08.04]. Tilgang: <http://odin.dep.no/oed/norsk/europa/026001-130006/dok-bn.html>. Jeg går ikke nærmere inn i denne debatten.

<sup>103</sup> Status pr. dags dato er at direktivet ennå ikke er behandlet i EØS-komiteen. Dette vil jfr. rammenotat av 14.04.04 skje i løpet av høsten 2004.

<sup>104</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 31.

må oppfylle, er det området hvor man har reguleringsplikten som er tema her. Det er ikke noe i direktivet som hindrer at det enkelte land pålegger også andre grupper tilsvarende krav.

Kravene om rettslig og funksjonell atskillelse retter seg etter artikkel 10, 15 og 17 mot nettoperatører for de ulike nettnivåene. Status som nettoperatør gir ikke alene landene noen plikt til å pålegge selskapet krav om uavhengighet. Plikten foreligger kun der hvor nettoperatør er del av en vertikalt integrert virksomhet. Det er med andre ord to kumulative vilkår som må være oppfylt før en virksomhet nødvendigvis må forholde seg til atskillelseskravene; nettoperatørstatus og vertikal integrasjon. Hva som ligger i disse begrepene er tema for de videre drøftelsene i dette kapittelet.

#### 6.4.2 Nettoperatør

Innledningsvis vil jeg forsøke å fastlegge hva det vil si å være nettoperatør, det vil si enten transmisjonssystemoperatør eller distribusjonssystemoperatør. Nettoperatører er aktører som tilbyr transport av kraft. Definisjonen og systemet for utvelgelse er tilnærmet identisk for så vidt angår de to ulike nettoperatørkategoriene. Hvorvidt en nettoperatør er transmisjonssystemoperatør eller distribusjonssystemoperatør avhenger av på hvilket nettnivå den aktuelle nettoperatøren opererer. Med andre ord hvorvidt operatøren opererer et distribusjonsnett eller et transmisjonsnett.

Begrepene transmisjonssystemoperatør og distribusjonssystemoperatør defineres i kraftmarkedsdirektiv II artikkel 2 nr 4 og 6. Etter definisjonene vil det å være transmisjonssystemoperatør eller distribusjonssystemoperatør si å være ansvarlig for ”operating, ensuring the maintenance of and, if necessary, developing” en bestemt angitt del av kraftnettet. I ”operating” ligger blant annet selve det å transportere kraften. Som tidligere nevnt under punkt 4.4 er transport av kraft den virksomheten hvor det foreligger naturlig monopol. Det er nettoperatør, i egenskap av å være den som tilbyr krafttransporttjenester, som har mulighet til å oppnå monopolfordeler. Det er derfor denne gruppen av aktører man av konkurransehensyn har valgt å regulere strengest. Det

er dermed virksomheter som opptrer som nettoperatør som i visse tilfeller pålegges å gjennomføre et funksjonelt og rettslig skille.

I følge definisjonene i artikkel 2 nr 4 og 6 kan nettoperatør i prinsippet være enten en fysisk eller en juridisk person. I praksis er det både i Norge og i Europa for øvrig primært selskaper, altså juridiske personer som opptrer som nettoperatør.<sup>105</sup>

I direktivets definisjoner fokuseres det på nettoperatørens *ansvar*. Hvem som er transmisjonssystemoperatør eller distribusjonssystemoperatør er avhengig av ansvarsforhold. Transmisjonssystemoperatør og distribusjonssystemoperatør er etter ordlyden den som har *ansvar* for at visse angitte oppgaver blir utført. Dette betyr ikke nødvendigvis at det må være nettoperatøren som rent faktisk *utfører* disse oppgavene. Spørsmålet som oppstår er hva slags ansvar det her siktes til. Begrepet ansvar har flere mulige tolkninger. Ansvar kan henspille på økonomisk ansvar og ansvar i forhold til sanksjoner. Dessuten kan ansvar ha ulike objekt, være rettet mot ulike personer. Både ansvar overfor kunder, ansvar overfor andre aktører i kraftmarkedet og ansvar overfor myndighetene kunne således vært aktuelt.

Det følger av direktivet, og da særlig bestemmelsen i artikkel 23, at det skal oppnevnes en særlig regulator som skal utøve kontroll med at de bestemmelser som innføres etterleves. Ved brudd på bestemmelser som er gitt på bakgrunn av direktivet vil regulator kunne gi pålegg og eventuelt benytte andre tiltak. Slik jeg ser det må det være dette ansvaret som det siktes til. At nettoperatør er ansvarlig overfor regulerende myndigheter er derimot ikke til hinder for at brudd på de plikter som nettoperatøren er pålagt også kan medføre erstatningsansvar el. overfor tredjemenn, eksempelvis andre aktører. Med å være ansvarlig menes det dermed at nettoperatør er rett subjekt for eventuelle offentligrettslig sanksjoner i tilfelle brudd på de gitte vilkår/arbeidsoppgaver.

---

<sup>105</sup> NVE. (u.å.). Oversikt over omsetningskonsesjonærer. [Benyttet 15.05.05]. Tilgang: [http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=6388&iMenuId=504&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Konsesjon%E6rer](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=6388&iMenuId=504&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Konsesjon%E6rer).

I tillegg til kjernevirksomheten, som er transport av kraft, utøver nettoperatøren gjerne en rekke andre funksjoner. Det fremgår blant annet av direktivets artikler 9 og 14 at nettoperatorene skal pålegges en rekke ulike oppgaver. Også i det norske systemet har det tradisjonelt vært flere oppgaver som har vært knyttet til det å drive nett.<sup>106</sup>

Etter kraftmarkedsdirektivets bestemmelser er det å være nettoperatør en rolle som man tildeles. Direktivet inneholder bestemmelser om hvordan det enkelte land skal regulere hvem som skal være nettoperatør for det enkelte nett. Artikkel 8 regulerer dette for så vidt angår transmisjonsnettet og artikkel 13 har en tilsvarende bestemmelse for distribusjonsnettet. De enkelte medlemslandene gis i disse bestemmelsene et visst spillerom med hensyn til hva slags ordning man ønsker seg. Man kan velge en løsning hvor staten utpeker, "designate", en eller flere operatører. Alternativt kan man ha en løsning hvor de selskaper som eier nett seg i mellom må komme frem til hvem som skal fungere som operatør for nettet.

I Norge er situasjonen i dag den at Stortinget har vedtatt at Statnett skal være operatør for sentralnettet. Når det gjelder regionalnettene og lokalnettene er derimot situasjonen den at nettoperatorene selv har søkt om konsesjon til å drive det enkelte nett. Initiativet har altså kommet nedenfra i motsetning til direktivets system hvor det tilsynelatende ser ut som om initiativet er tenkt å komme fra myndighetene. Det kan her stilles spørsmål ved om dette gjør at den norske måten å utpeke operatører på, gjennom bruk av

---

<sup>106</sup> Hammer velger å inndelegge nettfunksjonene i tre hovedkategorier. Bakgrunnen for inndelingen er tanken om at nettet har en rekke koordinerende funksjoner i forhold til å tilrettelegge kraftmarkedet. Tiltak for å opprettholde balanse mellom total produksjon og samlet forbruk av kraft og samordning for å sikre at ikke overføringskapasiteten overskrides omtales som *driftskoordinering*. Videre har man *avregningskoordinering* som består i å skape en finansiell balanse mellom kjøp og salg av kraft. Denne avregningskoordineringen er nødvendig for å skape en rasjonell kraftomsetning i og med at kraften fra alle produsenter mates inn på den samme infrastrukturen. Endelig har man *tariffkoordinering* som er samarbeid mellom netteierne om tariffing av sluttbrukerne. Slikt samarbeid foregår både horisontalt mellom netteiere på samme nivå og vertikalt mellom netteiere på ulike nettnivå. Jfr. Hammer (1999) side 45-47.

konsesjonssystemet, ikke vil være i samsvar med direktivet. Min oppfatning er at vårt system er i samsvar med den utvelgelsesprosess som direktivet gir anvisning på. Innvilgelse av en konsesjonssøknad er, slik jeg ser det, en form for utvelgelse.

Posisjonen som nettoperatør skal tildeles for en bestemt periode. Lengden på perioden er det opp til myndighetene i det enkelte medlemsland å bestemme. Dette gjelder uavhengig av om det er myndighetene som utpeker operatører eller om dette skal avgjøres av netteierne selv. Direktivet oppstiller visse momenter som det skal tas hensyn til ved vurdering av hvor lang oppdragsperioden skal være. Momentene her er ”efficiency and economic balance”, jfr. artikkel 8 og 13. Med effektivitet er det her naturlig å forstå samfunnsmessig rasjonell drift av transmisjonssystemet. Utgifter i forbindelse med skifte av personell etc. tilsier at de tildelte perioder ikke bør være for korte. Dersom selskaper med hyppige mellomrom skulle bytte på å være nettoperatør ville dette være kostnadskrevenende. Nettoperatørens mulighet til å skaffe seg finansiering av prosjekter vil naturligvis også være avhengig av at selskapet som opererer nettet har et inntekstpotensiale som ikke er sterkt tidsbegrenset. På den annen side tilsier effektivitetshensyn at det bør være en viss dynamikk. Tildelingsperiodene bør ikke være så lange at de fungerer som en sovepute for nettoperatøren.

Når det gjelder ”economic balance” er det vanskeligere å vurdere hva man her har siktet til. Et tolkningsalternativ kan være økonomisk balanse netteierne i mellom. Dersom kun en av flere netteier i et nett blir valgt til operatør vil denne kunne ha større muligheter til å tjene penger enn de netteiere som ikke blir valgt til operatør. Dette vil naturligvis avhenge av hvordan de interne avtalene netteierne imellom utformes.

Direktivet legger ingen føringer med hensyn til hvem som kan utvelges. Både netteiere og andre kan være nettoperatør. Dette følger blant annet av uttalelsene i fortalens punkt 10 hvor det heter at direktivet ikke angår ”ownership issues”. Vertikalt integrerte



konsern<sup>107</sup> kan eksempelvis velge å la eierskapet til nettet ligge i morselskapet eller produksjonsselskapet mens det er et eget datterselskap som tar seg av driften.

#### 6.4.3 Transmisjon og distribusjon

Hvorvidt en nettoperatør er å regne som en transmisjonssystemoperatør eller en distribusjonssystemoperatør avhenger av hvilket nettnivå operatøren har ansvar for. Begge begrepene er definert i kraftmarkedsdirektiv II artikkel 2, men definisjonene sier ikke mer enn at transmisjonssystemoperatør er ”a natural or legal person” som har ansvar for å operere transmisjonsnettet og tilsvarende er distribusjonssystemoperatør den som har ansvar for å operere distribusjonsnettet. Kraftmarkedsdirektivet opererer altså med to ulike nettnivåer: distribusjonsnett og transmisjonsnett. Disse to nettnivåene defineres ikke eksplisitt, men indirekte gjennom at man i direktivets artikkel 2 har definert handlingene transmisjon og distribusjon. Transmisjonsnettet blir dermed det nettet som benyttes til transmisjon. Tilsvarende blir distribusjonsnettet det nett som benyttes til distribusjon.

Når man skal fastlegge hva som er transmisjonsnett og hva som er distribusjonsnett, samt hvem som er transmisjonssystemoperatør og hvem som er distribusjonssystemoperatør må man ta utgangspunkt i definisjonene av transmisjon og distribusjon. Dette skyldes blant annet at man i direktivet har konstruksjonen operatør for kombinert nett. Denne konstruksjonen taler for at begrepene distribusjon og transmisjon er gitte størrelser. Begrepet operatør for kombinerte nett ville i stor grad vært overflødig dersom man stod fritt til å velge hvordan man ville karakterisere det enkelte nett. Også det forhold at direktivet stiller ulike krav og har ulike unntaksmuligheter for de ulike nettoperatørene tilsier at begrepene må ha et fast innhold. Det ville derfor være i strid med direktivets formål om det enkelte land stod fritt til å definere sine nettselskaper som distribusjonssystemoperatører som det gis størst anledning til å gjøre unntak for.

---

<sup>107</sup> Se avsnitt 6.4.5.4.

Definisjonene består av flere elementer. For det første inneholder definisjonene en angivelse av spenningsnivået i det aktuelle nettet. Transmisjon er jfr. artikkel 2 nr 3 transport av kraft ”on the extra high-voltage and high-voltage interconnected system”. Hva som ligger i høy og ekstra høy spenning er ikke nærmere definert i direktivet. Distribusjon er definert som transport av kraft ” on high-voltage, medium voltage and low voltage”, jfr artikkel 2 nr 5. Sammenhold med definisjonen av transmisjon ser man at distribusjon gjennomgående er transport ved lavere spenning. Men også her er det rom for variasjoner i spenningsnivå. Som det fremgår av de to definisjonene kan transport på ”high-voltage” være både transmisjon og distribusjon. På bakgrunn av dette kan ikke spenningsnivået alene være avgjørende for hvorvidt noe er transmisjon eller distribusjon.

Definisjonene inneholder en ytterligere komponent. Dette dreier seg om de ulike transportvirksomhetenes funksjon. Både transmisjon og distribusjon er ren transportvirksomhet, men angivelsene av målet for transporten i de ulike definisjonene avviker noe. Spørsmålet blir om denne delen av definisjonene kan bidra til å avgjøre hva som skal regnes som distribusjon og hva som skal regnes som transmisjon. Det heter i definisjonen av transmisjon at transporten må skje med henblikk på levering av kraft til ”final customers or to distributors”. Med ”final customers” menes det her sluttbrukere, jfr. artikkel 2 nr 9. Også på dette punkt er det en viss grad av overlapping dersom man sammenholder definisjonen av transmisjon med definisjonen av distribusjon i artikkel 2 nr 5. Her er målet for transporten definert som ”delivery to customers”. ”(C)ustomers” i definisjonen av distribusjon betyr både videreselgere og sluttbrukere som benytter kraften til eget bruk, jfr. artikkel 2 nr 7. Kartleggingen av hvem som er målet for den enkelte operatørs transportvirksomhet gir dermed en viss veiledning med hensyn til klassifiseringen, men det løser ikke alle spørsmål, i og med at både transmisjonssystemoperatører og distribusjonssystemoperatører kan levere strøm til sluttbrukere.

Gjennomgangen av definisjonene har vist at det i enkelte tilfelle kan by på tvil å avgjøre hvorvidt en nettoperatør er å regne som transmisjonssystemoperatør eller distribusjonssystemoperatør. Spørsmålet om klassifisering må avgjøres etter en bred og

sammensatt vurdering. Når det gjelder ytterligere faktorer som kan spille inn ved avgjørelsen av dette spørsmålet viser jeg til kapittel 10 hvor jeg vil drøfte hvordan operatørene i det norske kraftnettet må klassifiseres.

#### 6.4.4 Operatør for kombinerte nett

Kombinerte systemer står man overfor når et og samme selskap er operatør for nett av ulike nettnivå. Dette er en særlig situasjon som man har valgt å gi egne regler om i direktivet. Det forhold som anses å være en hindring for konkurransen på kraftmarkedet er den vertikale integrasjon hvor samme selskap har flere roller og således kan forskjellsbehandle ulike aktører for å oppnå egen vinning. Det er kombinasjonen av ulike *typer* roller som er det betenkelige. Det anses derimot ikke som en hindring for konkurranse at et og samme selskap har flere *tilsvarende* roller. Reglene for operatør av kombinerte nett finnes i artikkel 17.

Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 17 første ledd er tilsynelatende i motstrid med artikkel 10 annet ledd bokstav a og artikkel 15 annet ledd bokstav a. Artikkel 17 første ledd uttaler at artikkel 10 første ledd og 15 første ledd ikke er til hinder for eksistensen av operatørselskap som driver både transmisjonsnett og distribusjonsnett. Derimot gjøres det ikke noe unntak i artikkel 17 første ledd for bestemmelsene i artikkel 10 annet ledd og artikkel 15 annet ledd. I artikkel 10 annet ledd heter det at ledelsen for transmisjonsselskapet må være atskilt fra ledelsen for den virksomheten som driver distribusjon. Tilsvarende uttalelse finnes i artikkel 15 annet ledd hvor ledelsen for distribusjonssystemoperatøren ikke kan delta i virksomhetsstrukturer i selskap som er ansvarlig for transmisjon. Slik jeg ser det taler de beste grunner for at man må se bort fra dette. Når man har valgt å gi positive bestemmelser om at det er adgang til å være operatør for kombinerte system, har det formodningen for seg at dette må gå foran enkeltregler i andre bestemmelser som står i motstrid med dette.

## 6.4.5 Vertikalt integrerte virksomheter

### 6.4.5.1 Generelt

Som nevnt er det to kumulative vilkår som må være oppfylt før en virksomhet må pålegges krav om selskapsmessig og funksjonell atskillelse. For det første må virksomheten være nettoperatør, jfr. avsnittet ovenfor. Dessuten må virksomheten være del av en ”verticvally integrated undertaking”, jfr. artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og 17 første ledd. Nedenfor vil jeg ta for meg hva som ligger i direktivets virksomhetsbegrep, og hva som skal til for at en virksomhet eller en gruppe virksomheter skal anses vertikalt integrerte.

### 6.4.5.2 Virksomhetsbegrepet

I den engelske utgaven av direktivet pålegges medlemsstatene å regulere nettoperatører som er del av en ”vertically integrated undertaking”,<sup>108</sup> på norsk en vertikalt integrert *virksomhet*. I den danske versjonen av direktivet benyttes derimot uttrykket ”selskab”. Et ”selskap” er et noe smalere begrep og henspiller på visse bestemte organisasjonsformer. Werlauff uttaler om forholdet mellom virksomhets- og selskapsbegrepet at ”sidstnævnte må være en underdisciplin af førstnævnte”.<sup>109</sup> I forordning 4064/89 om kontroll med fusjoner og virksomhetsoverdragelser (fusjonsforordningen), som det henvises til i kraftmarkedsdirektiv II benyttes begrepet ”virksomhed” i den danske versjonen i de tilfeller hvor det benyttes uttrykket ”undertaking” i den engelske utgaven.

I og med at det er en viss diskrepans mellom de begrep som benyttes i henholdsvis den engelske og danske utgaven er det nødvendig å drøfte hvorvidt direktivet retter seg mot virksomheter eller bare mot selskaper. Praksis fra EF- og EFTA-domstolen viser at det legges vekt på å sammenholde flere språkversjoner ved tolkning av direktiver. Det uttales at det alternativ som best lar seg forene med flere språkversjoner i

---

<sup>108</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og 17 første ledd.

<sup>109</sup> Werlauff (2002) side 200.

utgangspunktet skal legges til grunn.<sup>110</sup> I den franske versjonen av direktivet benyttes uttrykket "entreprise" og ikke société el. Videre benyttes det i den tyske versjonen uttrykket "Unternehmen" og ikke begrepet Gesellschaft. En ser altså at bruken av "selskab" i den danske versjonen skiller seg ut fra andre sentrale språkversjoner. Valget av hvilket tolkningsalternativ man vil legge til grunn bør likevel skje "etter kvalitative kriterier, ikke kvantitative"<sup>111</sup>. Det er et viktig hensyn at ulikheter i landenes selskapsformer etc. ikke skal skape ujevne konkurranseforhold. Sett i lys av dette taler de beste grunner for at bestemmelsene er ment rettet mot virksomheter.

Kraftmarkedsdirektiv II inneholder ingen egen definisjon av begrepet "undertaking". Heller ikke i fusjonsforordningen finnes det noen slik definisjon.

Virksomhetsbegrepet er i denne sammenheng sentralt idet dette er et element i angivelsen av bestemmelsenes anvendelsesområde. Bakgrunnen for EU-rettens fokus på virksomheter, og disses rettigheter og plikter, er at man ønsker å etablere et system hvor selskapsmessig organisering og valg av selskapsform i minst mulig grad skal gi konsekvenser som har betydning for konkurranseevnen. Dette er særlig viktig i og med at hvilke selskapsformer man har, og hvilke rettigheter og plikter som påligger de enkelte typer, kan variere fra medlemsland til medlemsland. Regler som retter seg mot "undertakings" istedenfor "companies" er dermed et forsøk på å skape like konkurransevilkår. Werlauff diskuterer virksomhetsbegrepet og uttaler i den forbindelse at det ikke må "skaffe en virksomhet en afgørende fordel at velge én retlig organisationsform (i et EU- eller EØS-land) frem for en anden organisationsform."<sup>112</sup> En "undertaking" eller virksomhet blir dermed "én eller anden form for erhvervsdrivende enhed, hvoraf virksomheder organiseret i selskabsform alene er en

---

<sup>110</sup> Jfr. eks. REC 1994-95 s 145 Samuelsson og REC 1998 s. 95 Sveinbjörndóttir jfr. EØS-rett (2004) side 235.

<sup>111</sup> EØS-rett (2004) side 235.

<sup>112</sup> Werlauff (2002) side 192.

delmængde.”<sup>113</sup> Når det gjelder substansen i EU-rettens virksomhetsbegrep uttaler Werlauff at ”en ’virksomhed’ er herved en økonomisk enhed med en vis identitet.”<sup>114</sup>

Begrepet ”undertaking” defineres også i Competition glossary som er utgitt av *Directorate-General for Competition*. Det uttales her at denne definisjonen er utarbeidet særskilt for ”for the purpose of Eu antitrust law”. Etter denne definisjonen er en ”undertaking”:

any entity engaged in an economic activity, that is an activity consisting in offering goods or services on a given market, regardless of its legal status and the way in which it is financed, is considered an undertaking. To qualify, no intention to earn profits is required, nor are public bodies by definition excluded.<sup>115</sup>

Sett under ett finner jeg dermed at en ”undertaking” er en fysisk eller rettslig enhet i en eller annen form som er involvert i eller utøver en næringsvirksomhet. Direktivet retter seg dermed mot nettoperatører, uavhengig av i hvilken selskapsform nettoperatørfunksjonene utføres. Anvendt på norske forhold vil både enkeltmannsforetak, ansvarlige selskaper, aksjeselskaper, offentlige organer mv. være eksempler på enheter som regnes som virksomheter.

#### 6.4.5.3 Vertikal integrasjon

Begrepet vertikal integrasjon henspiller på integrasjon mellom ulike stadier/funksjoner i en verdikjede. Kraftomsetning består av flere ledd; kraften produseres, den transporteres, dels i transmisjonsnett og dels i distribusjonsnett, samt at den selges en eller flere ganger før sluttbrukeren får den levert hjemme hos seg. Vertikal integrasjon

---

<sup>113</sup> Werlauff (2002) side 190.

<sup>114</sup> Werlauff (2002) side 192.

<sup>115</sup> Directorate-general for Competition. (u.å.) Competition Glossary. [Sitert 12.05.04]. Tilgang: [http://europa.eu.int/comm/competition/general\\_info/u\\_en.html#t62](http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/u_en.html#t62). Det er i forhold til dette dokumentet verdt å merke seg følgende fra introduksjonen til The Competition Glossary: “*This glossary was prepared by the services of the European Commission's Directorate-General for Competition and serves as an orientation for non-specialists in competition matters. It has no legal value whatsoever and does not bind the Commission in any way. Reproduction is authorised, except for commercial purposes, provided that the source is acknowledged and that this notice is reproduced therein.*”

foreligger ved engasjement på flere trinn i denne verdikjeden. Direktivet angir presist hvilke kombinasjoner av aktivitet som medfører vertikal integrasjon i direktivets forstand. Nettdrift, uavhengig av nivå, er den faste komponenten og vertikal integrasjon foreligger dersom dette kombineres med produksjon og/eller salg av kraft, jfr. artikkel 2 nr 21. En kombinasjon av nettdrift og annen kraftrelatert virksomhet enn produksjon/omsetning regnes derimot ikke som vertikal integrasjon i direktivets forstand. Et nettselskap kan eksempelvis drive kommersiell ENØK-rådgivning, produsere kraftledninger eller andre deler mv. uten at dette anses som vertikal integrasjon.

Det sentrale ved vertikal integrasjon er at aktivitet på flere nivå i verdikjeden utføres av *samme aktør*. Det er i disse tilfellene hvor man har et ytterligere engasjement i kraftsektoren utover nettdrift at det foreligger mulighet for å kunne utnytte posisjonen som nettoperatør på en konkurransevridende måte, jfr. avsnitt 4.5. Vertikal integrasjon kan forekomme på to ulike måter, jfr. kraftmarkedsdirektiv II artikkel 2 nr 21. For det første foreligger det vertikal integrasjon dersom nettdrift og produksjon eller omsetning utføres innenfor rammene av en og samme virksomhet. Dessuten anses vertikal integrasjon å foreligge hvor vi har å gjøre med en gruppe av virksomheter som utøver nettvirksomhet og produksjon/omsetning og hvor forholdet virksomhetene imellom oppfyller visse særlige vilkår.

I følge definisjonen i kraftmarkedsdirektivet II artikkel 2 nr 21 foreligger vertikal integrasjon mellom en gruppe virksomheter dersom forholdet virksomhetene imellom samsvarer med bestemmelsen i artikkel 3 tredje ledd i fusjonsforordningen. Det sentrale poeng i forordningen er hva som skal til for at en virksomhet skal anses for å ha kontroll over en annen. Tredje ledd i forordningens artikkel 3 definerer hva som skal til før en virksomhet kontrollerer en annen virksomhet. Den naturlige forståelsen av henvisningen til forordningens artikkel 3 tredje ledd i direktivets artikkel 2 nr 21 må være at en gruppe virksomheter anses å være vertikalt integrert dersom det foreligger et slikt ”kontrollforhold” mellom dem som artikkel 3 tredje ledd i forordningen gir anvisning på, og dersom gruppen dessuten utøver både nettvirksomhet og produksjon/omsetning.

Etter forordningens artikkel 3 tredje ledd har en virksomhet kontroll over en annen dersom virksomheten "by rights, contracts or any other means which, either separately or jointly and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking," (min understrekning). Det avgjørende er altså at det på en eller annen måte foreligger mulighet for avgjørende innflytelse på virksomhetens drift.

I det videre vil jeg ta for meg enkelte praktiske situasjoner hvor virksomheter har en eller annen form for tilknytning til hverandre og drøfte hvorvidt vertikal integrasjon foreligger. Jeg legger til grunn at det innen den virksomheten/gruppen jeg presenterer utøves både nettvirksomhet og produksjon/omsetning. Det interessante er dermed hvorvidt den nødvendige *forbindelsen eller tilknytning* mellom virksomhetene foreligger. Jeg vil i denne omgang ikke ta stilling til hvorvidt de ulike måtene å drive nettvirksomhet og omsetning/produksjon på er i samsvar med kravene om selskapmessig og funksjonell atskillelse. I denne omgang er spørsmålet utelukkende hvorvidt man har å gjøre med en vertikalt integrert nettoperatør.

#### 6.4.5.4 Vertikal integrasjon ved grupper av virksomheter

Et typisk tilfelle hvor man har en gruppe av virksomheter som står i et bestemt forhold til hverandre er ved såkalte konsern. EU-retten inneholder pr. i dag ingen alminnelig definisjon av konsern. Det har vært utarbeidet et utkast til 9. selskapsdirektiv om materiell konsernrett, men dette er ikke blitt vedtatt.<sup>116</sup> Direktiv 83/349/EF om konsernregnskaper inneholder detaljerte vilkår for når det i regnskapsmessig forstand anses å foreligge et konsern som må avgi konsolidert regnskap. Direktivets definisjoner binder derimot ikke medlemsstatene til å benytte samme definisjon på andre områder.<sup>117</sup> Selv om hovedprinsippene er de samme vil det, i og med at det ikke finnes noen enhetlig regulering, kunne finnes nyanseforskjeller mellom konsernbegrepene i de ulike medlemslandene.

---

<sup>116</sup> Werlauff (2002) side 448.

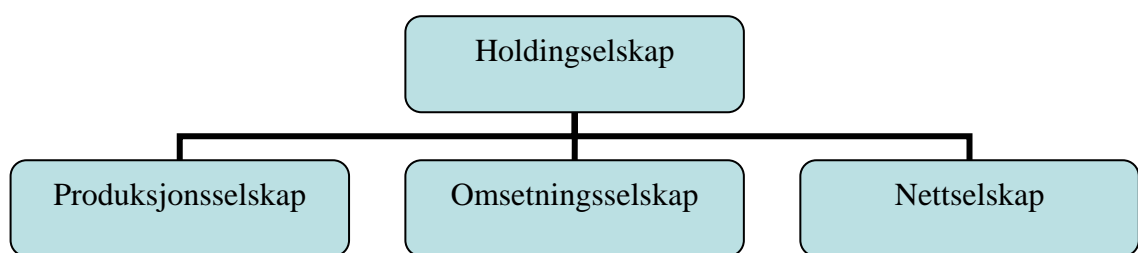
<sup>117</sup> Werlauff (2002) side 457.



Da jeg særlig ønsker å rette søkelyset mot hvilken betydning kraftmarkedsdirektiv II vil få for kraftsektoren i Norge, vil jeg konsentrere meg om konsern slik dette er definert etter norsk rett og drøfte hvorvidt virksomheter organisert som et norsk konsern er å anse som en vertikalt integrert virksomhet i direktivets forstand.

I og med at de fleste av de store kraftselskapene i Norge er organisert som konsern, og siden konserndannelse også har vært en ønsket utvikling sett fra myndighetenes side, er dette en aktuell problemstilling. Et konsern i den norske kraftbransjen ser typisk slik ut:

**Figur 1**



Reglene om konsern, hvor morselskapet er et aksjeselskap, er for Norges vedkommende gitt i aksjeloven.<sup>118</sup> Det sentrale med et konsern er at man har en hierarkisk oppbygd struktur med et morselskap på topp og tilhørende datterselskaper. Typisk vil morselskapet være eier av datterselskapene, men mor-/datterforhold kan også foreligge på annet grunnlag. Det sentrale kriteriet for hvorvidt man har å gjøre med et morselskap, jfr. aksjeloven § 1-3, er at selskapet må ha "bestemmende innflytelse" over et annet selskap (datterselskapet). Slik bestemmende innflytelse kan oppnås "på grunn av avtale

---

<sup>118</sup> Tilsvarende bestemmelser er gitt for allmennaksjeselskaper i lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) § 1-3. Det er ingen materiell forskjell i bestemmelsene om konsern i allmennaksjeloven og aksjeloven. Et konsern kan, jfr. aksjeloven § 1-4 og allmennaksjeloven 1-4 bestå av både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. For å unngå dobbeltbehandling vil jeg videre bare behandle aksjeselskaper.

eller som eier av aksjer eller selskapsandeler”<sup>119</sup> Ordinært trengs det aksjemajoritet (>50 %) for å ha ”bestemmende innflytelse”. Det har vært argumentert for at man kan ha bestemmende innflytelse også uten å ha aksjemajoritet, da særlig i allmennaksjeselskaper med stor aksjespredning hvor det vil være praktisk umulig å få fullt oppmøte på generalforsamling.<sup>120</sup>

For at man skal kunne anse ”bestemmende innflytelse” for å foreligge gjennom avtale(r), kreves det at man har en overenskomst hvor en aksjeeier/andelseier forplikter seg til å utøve stemmeretten etter den annens instruks.<sup>121</sup> Samlet må selskapet gjennom egne eierandeler/aksjer, kombinert med de stemmer man har styring over gjennom avtaler, utgjøre majoriteten for at man skal anses for å ha ”bestemmende innflytelse”. Det er mulig å etablere konsern uten å eie aksjer/eierandeler overhode,<sup>122</sup> men da kreves det at man kontrollerer en tilstrekkelig stor andel av stemmene gjennom avtale(r). En slik avtale må gi selskapet en ubetinget rett til å diktere stemmegivningen for at man skal anse et konsern for å foreligge. En avtale om at partene skal stemme etter samråd med hverandre vil således neppe være et tilstrekkelig grunnlag for å anse ”bestemmende innflytelse” for å foreligge.

Også foretak som ikke er aksjeselskaper kan være morselskap i konsern. Reglene om dette er gitt i lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven). Også her er det avgjørende kriteriet at morselskapet gjennom avtaler eller eierandeler/aksjer har bestemmende innflytelse over en annen virksomhet jfr. selskapsloven § 1-2 annet ledd. Dersom bestemmende innflytelse er et resultat av avtale(r) kreves det i tillegg her at selskapet må ha rett til en betydelig andel av driftsresultatet for å være et morselskap.

---

<sup>119</sup> Aksjeloven § 1-3 annet ledd.

<sup>120</sup> Wiig (1998) side 813. Motsatt Mads H. Andenæs (1998) side 31-34. Kilde: Norsk Lovkommentar, (30.04.04). Note 20 til aksjeloven § 1-3. [Sitert 11.05.04]. Tilgang: [http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=nlk.htm\\$3.0\\$vid=karnov:default](http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=nlk.htm$3.0$vid=karnov:default).

<sup>121</sup> Norsk Lovkommentar, (30.04.04). Note 19 til aksjeloven § 1-3. [Sitert 11.05.04]. Tilgang: [http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=nlk.htm\\$3.0\\$vid=karnov:default](http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=nlk.htm$3.0$vid=karnov:default).

Sammenholder man begrepene ”bestemmende innflytelse”, slik det er gjennomgått ovenfor, med begrepet ”decisive influence”, som er drøftet i avsnitt 6.4.5.3, ser en at det i visse tilfeller skal mer til før et morselskap anses for å ha ”bestemmende innflytelse” enn hva som skal til for at en virksomhet anses for å ha ”decisive influence” over en annen. Dette ser en blant annet av at ”decisive influence” kan anses å foreligge uten kontroll over aksjemajoritet,<sup>123</sup> mens dette er omstridt i norsk rett. I tillegg har man kravet i selskapsloven om at man må ha rett til en betydelig andel av driftsresultatet. Det må således være klart at i alle tilfeller hvor man har et norsk konsern, dvs. et morselskap som har ”bestemmende innflytelse” over et datterselskap, så vil det foreligge en virksomhet (morselskapet) som har ”decisive influence” over en annen virksomhet (datterselskapet).

Et norsk morselskap må dermed anses for å ha kontroll over de andre selskapene i konsernet, jfr. kraftmarkedsdirektiv II og forordningens artikkel 3 tredje ledd. Så lenge de angitte funksjoner utføres foreligger det dermed vertikal integrasjon mellom de selskaper som inngår i et konsern.

I forhold til kravet om at de involverte selskaper i tillegg til å ha en særlig tilknytning må være involvert i nettvirksomhet og produksjon eller omsetning, oppstår det et særlig spørsmål i forhold til morselskap som er rene holdingselskaper. I Norge er dette et krav i de tilfeller hvor den såkalte konsernmodellen pålegges. I en slik situasjon vil morselskapet ikke *selv* sitte på noen konsesjoner og morselskapet driver dermed selv verken nett eller produksjon/omsetning. I kraftmarkedsdirektiv II artikkel 2 nr 21 er det et krav om at selskapsgruppen ”is performing at least one of the functions of transmission or distribution and at least one of the functions of generation or supply of electricity;” for at vertikal integrasjon skal anses å foreligge. Morselskapet kan som nevnt i utgangspunktet ikke anses å utøve noen av disse virksomhetene. Slik jeg leser direktivet er det sentrale at det må være ”the ..group” som sådan som utøver den

---

<sup>122</sup> NOU 1996:3 side 103.

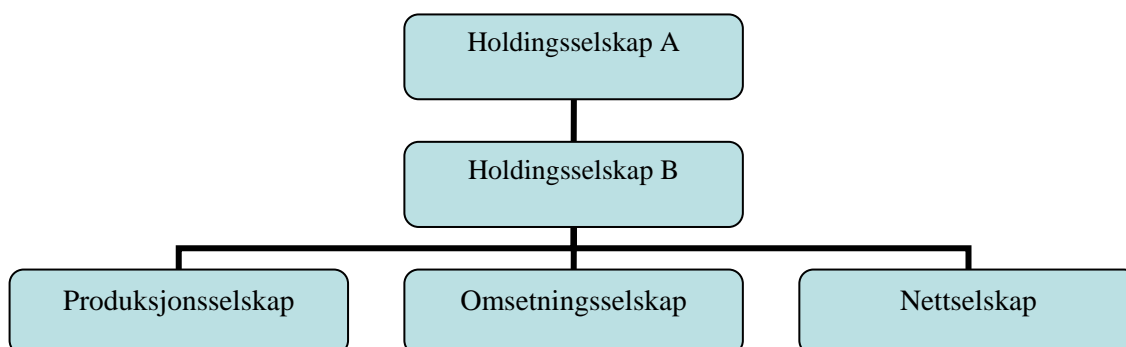
aktuelle virksomheten. Det vil være tilfellet der man har et datterselskap som opererer nett og et annet datterselskap som selger eller produserer kraft.

Konklusjonen blir dermed at en gruppe organisert som et norsk konsern; både i de tilfellene hvor morselskapet er et rent holdingselskap og hvor man har å gjøre med aktive morselskaper som selv utøver virksomhet, så har man å gjøre med en ”vertically integrated undertaking”<sup>124</sup> i direktivets forstand.

#### 6.4.5.5 Konsernmodeller med flere ledd etc.

I avsnittet ovenfor har jeg skildret en relativt enkel konsernmodell. Konsern kan også forekomme i mer kompliserte varianter. Eksempelvis kan man ha flere nivå med rene holdingselskaper som i figuren nedenfor:

**Figur 2**



Så lenge Holdingselskap A har ”bestemmende innflytelse” over Holdingselskap B gjennom eierandeler eller avtaler, og Holdingselskap B har tilsvarende kontroll over Produksjonsselskapet, Omsetningsselskapet og Nettselskapet vil selskapene utgjøre et konsern og dermed være vertikalt integrerte, så lenge konsernet samlet utfører nettvirksomhet og omsetning eller produksjon.

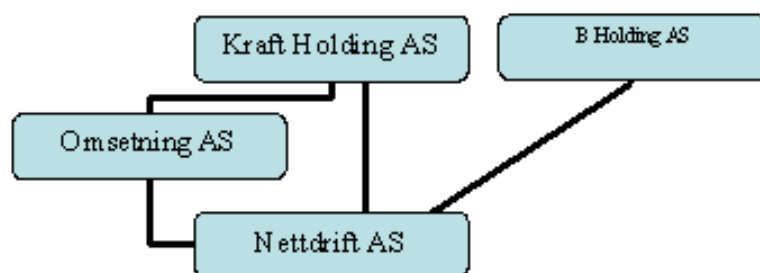
---

<sup>123</sup> Implementeringsdokumentet side 4.

<sup>124</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 2 pkt 21.

Videre kan man også stå overfor konsern selv om det er andre eksterne eiere involvert. Konsern kan også foreligge hvor man eier selskap indirekte gjennom datterselskaper. I eksempelet under, fig. 3, eier Kraft Holding AS 33 % av Nettdrift AS og 100 % av Omsetning AS. Omsetning AS og B Holding AS eier hver 33 % av Nettdrift AS. Jeg legger her til grunn at det er samsvar mellom aksjeandel og stemmeretter.<sup>125</sup>

**Figur 3**



Her vil både Omsetning AS og Nettdrift AS være å regne som datterselskaper av Kraft Holding AS. Dette følger av aksjeloven § 1-3 annet ledd jfr. fjerde ledd, idet regelen er at ved beregning av stemmeretter "skal rettigheter som morselskapet og morselskapets datterselskaper innehar, regnes med."<sup>126</sup> Selskapene vil dermed være å anse som vertikalt integrerte.

#### 6.4.5.6 Offentlige eiere

Spørsmålet om hvorvidt vertikal integrasjon foreligger, oppstår også i forhold til offentlig eierskap i kraftsektoren. Der hvor en kommune eier en virksomhet, som i seg selv er vertikalt integrert er det på det rene at direktivets bestemmelser kommer til anvendelse. Det interessante spørsmål er om vertikal integrasjon kan sies å foreligge hvor en kommune eier både et nettselskap og et produksjons eller omsetningsselskap, jfr. figur 4.

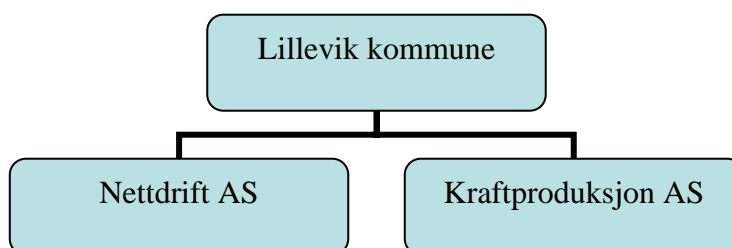
---

<sup>125</sup> Stemmerettsbegrensninger kan gjøre at aksjeflertall ikke er tilstrekkelig til å danne et konsern jfr.

Norsk Lovkommentar, (30.04.04). Note 21 til aksjeloven § 1-3. [Sisert 11.05.04]. Tilgang: [http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=nlk.htm\\$3.0\\$vid=karnov:default](http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=nlk.htm$3.0$vid=karnov:default).

<sup>126</sup> Aksjeloven § 1-3 fjerde ledd.

**Figur 4**



Hvorvidt det her foreligger vertikal integrasjon vil avhenge av om en kommune er å anse som en ”undertaking” i direktivets forstand.<sup>127</sup> En virksomhet var, jfr. drøftelsen i avsnitt 6.4.5.2, en fysisk eller rettslig enhet involvert i økonomisk virksomhet. En kommune er en rettslig enhet og selv om kommunene ikke *bare* utøver økonomisk aktivitet gjør de i alle fall i mange tilfeller *også* dette. Etter en naturlig språklig forståelse er det derfor naturlig å se det slik at også kommuner er å anse som virksomheter.

At direktivets krav også må gjelde for kommunalt eide kraftvirksomheter anføres også i ”Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ändring av elmarknadslagen och marknadsdomstolslagen” (RP 127/2004) som er finske forarbeider utarbeidet i forbindelse med planlagt gjennomføring av direktivet. Det uttales her at ”(e)n person som hör till ledningen för ett kommunalt ägt affärsverk som utövar nätverksamhet får således inte vara verkställande direktör för eller styrelsemedlem i ett företag som ägs av samma kommun och som utövar annan elaffärsverksamhet.”<sup>128</sup>

---

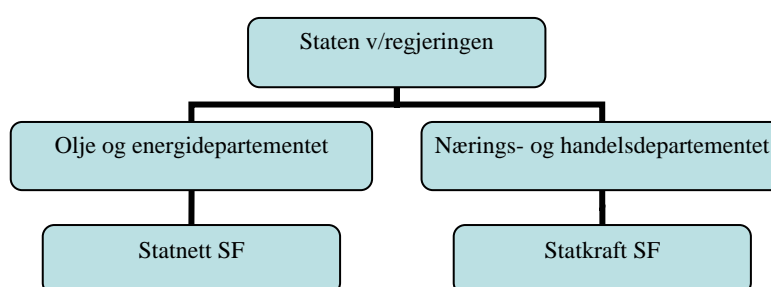
<sup>127</sup> Jeg legger til grunn i eksempelet at Lillevik kommune er eiere av de to aksjeselskapene og dermed gjennom sitt eierskap har ”desicive influence” over disse selskapene.

<sup>128</sup> RP 127/2004 side 60.

Reelle hensyn taler også for en slik løsning. Kommunale kraftselskaper konkurrerer mot private. Av konkurransemessige hensyn vil det være betenkelig om kommunale selskaper skulle drives etter andre prinsipper og eksempelvis la ikke økonomiske hensyn styre prissetting etc. samtidig som de konkurrerer mot ordinære aktører. Dette ville virke ødeleggende for konkurransen. De kommunalt eide kraftselskapene utøver ordinær forretningsvirksomhet. Når det offentlige utøver ordinær forretningsvirksomhet taler reelle hensyn for at kommunalt eide selskaper må forholde seg til de samme rammebetingelser som privateide selskaper.

Det samme spørsmålet oppstår i forhold til statens engasjement innen kraftbransjen. Spørsmålet blir her om Statnett som opererer sentralnettet er å regne som en vertikalt integrert virksomhet i direktivets forstand. I så fall må selskapet forholde seg til de krav som må oppstilles på bakgrunn av direktivet. Statnett er et heleid statlig selskap lagt under Olje- og energidepartementet. Statnett har ikke produksjonsanlegg og er således et rent nettselskap. Statens eierskap i produksjons- og omsetningsvirksomhet ligger i statsforetaket Statkraft. Spørsmålet er likevel om selskapet må anses som vertikalt integrert i direktivets forstand, i og med at begge selskapene er heleid av staten. Eierforholdene i Statnett og Statkraft ser slik ut:

**Figur 5**



Staten ved regjeringen kan instruere det enkelte departement. Regjeringen må dermed anses å ha kontroll i form av "decisive influence" over departementene gjennom lov eller på annen måte<sup>129</sup>. Tilsvarende kan departementene instruere de statsforetak som de

<sup>129</sup> Dette er også et av alternativene jfr. forordningen artikkel 3 tredje ledd.

har underlagt seg. Det er ikke tvil om at Statkraft og Statnett må regnes som virksomheter i direktivets forstand. De to selskapene utøver også samlet sett både nettvirksomhet og produksjon/omsetning. Avgjørende for hvorvidt Staten/Statnett/Statkraft kan anses som en ”vertically integrated undertaking” blir dermed også her hvorvidt Staten/departementene er å regne som en ”undertaking” i direktivets forstand. De samme forhold som er anført i drøftelsen ovenfor taler i noen grad for å anse vertikal integrasjon for å foreligge også her. Det ville være lite rimelig om statens produksjons- og nettselskaper kunne samarbeide på en helt annen måte enn hvis de samme selskapene hadde vært eid av et privat aksjeselskap.

Slik jeg ser det, taler reelle hensyn dermed for at også statsforetak som Statkraft og Statnett må forholde seg til de samme organisatoriske krav som andre tilsvarende aktører i markedet.

#### 6.4.6 Eiermessig skille – vertikal integrasjon?

Selskapsmessig atskillelse kan oppnås enten gjennom omstrukturering eller gjennom salg av deler av virksomheten.<sup>130</sup>

Dersom skillet gjennomføres i form av et salg vil man dessuten kunne få et eiermessig skille hvor det er ulike eiere som eier nettvirksomheten og produksjons-/omsetningsvirksomheten. Dette vil ha den konsekvens at virksomhetene ikke lenger er å anse som vertikalt integrerte. Det samme vil være situasjonen hvis eksempelvis en andel av aksjene i et datterselskap ble solgt slik at man ikke lenger har majoritet og dermed ikke lenger anses for å ha kontroll i henhold til forordningens krav. Denne situasjonen er skildret i implementeringsdokumentet fra Generaldirektoratet:

”If on the other hand, the supply/generation company, whilst holding some shares in the network company, does not – or no longer – ”control” the network company, the network undertaking in question is not part of a vertically integrated undertaking in the sense of the directive. The result is that the unbundling requirements...do not apply at all.”<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Se kapittel 7.

<sup>131</sup> Implementeringsdokumentet side 4.



Resultatet er at dersom det er et eiermessig skille mellom nettvirksomheten og produksjons-/omsetningsvirksomheten så vil ikke disse virksomhetene kunne være vertikalt integrerte og de vil dermed være utenfor bestemmelsenes anvendelsesområde.<sup>132</sup>

## **7 Selskapsmessig atskillelse**

### **7.1 Innledning**

Kravet om at nettoperatøren skal være selskapsmessig uavhengig fremkommer i artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og artikkel 17 første ledd. I forbindelse med dette kravet oppstår det særlig to interessante spørsmål. Den første problemstillingen er hva det vil si å være uavhengig. Det neste spørsmålet er hva nettvirksomheten må være atskilt eller uavhengig i forhold til.

### **7.2 Nærmere om uavhengighetskravets innhold**

Etter ordlyden i kraftmarkedsdirektiv II<sup>133</sup> skal nettoperatøren være ”independent...in terms of its legal form”. Virksomheten skal altså etter ordlyden utøves av en aktør som har en selvstendig rettslig stilling. Det sentrale er med andre ord at nettoperatøren i rettslig henseende skal være uavhengig. Dette kravet om at nettoperatøren skal ha en selvstendig rettslig stilling omtales gjerne som et krav om selskapsmessig atskillelse eller som et krav om ”legal unbundling”.

Kraftmarkedsdirektivet har ingen egen definisjon av hva det vil si å være selskapsmessig selvstendig. Slik jeg ser det gir heller ikke minimumskriteriene i artikkel 10 annet ledd, 15 annet ledd og 17 første ledd noen veiledning, da disse, jfr. drøftelsen i avsnitt 5.2, kun angår de funksjonelle atskillelseskravene og ikke det selskapsmessige.

---

<sup>132</sup> Forutsatt at ikke ”kontroll” foreligger på bakgrunn av avtale el.

<sup>133</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og 17 første ledd.

Det vil dermed være alminnelig EU-/EØS-selskapsrett og medlemslandenes interne rett som avgjør spørsmålet.

Etter en naturlig språklig forståelse er det nærliggende å slutte at det å være selvstendig i rettslig forstand er ensbetydende med å være et selvstendig rettssubjekt. Denne forståelsen støttes også av fortalens pkt 8. Her uttales det at det er viktig at nettene opereres av "*legally separate entities*". Begrepet "legal entity" betyr nettopp rettssubjekt eller juridisk person.

Hva som skal til for å være et selvstendig rettssubjekt er i teorien drøftet av blant annet Werlauff. I følge Werlauff foreligger juridisk personlighet når "*en formuesmasse er således udskilt fra sin ejerkreds, at den har oppnået retsevne, handleevne, partsevne og processevne.*"<sup>134</sup> Rettsevne defineres som retten til å inneha rettigheter og plikter i eget navn uten at disse rettighetene og pliktene tilfaller kretsen av eiere. Med handleevne siktes det til kompetanse til å disponere over egen rettsevne, for eksempel gjennom å inngå avtaler. Partsevne er evnen til å være saksøker eller saksøkt i rettssaker. Når et selskap har partsevne medfører dette dermed at en dom kun binder selskapet og ikke er en dom over selskapets eiere. Prosessevne er det prosessuelle motstykke til handleevne. Det er altså kompetansen til selv å disponere over sin egen partsevne. Dersom disse vilkår er oppfylt er en virksomhet etter Werlauffs oppfatning å anse som et selvstendig rettssubjekt. Spørsmålet som så reiser seg er hvilke utskillelsesmåter som tilfredsstiller dette kravet. Svaret på dette spørsmålet er at det eksempelvis ikke vil være tilstrekkelig at nettopperatør er en separat avdeling i et selskap. De enkelte avdelinger er ikke å regne som egne rettssubjekter.

I personlige selskap og ansvarlige selskap er tilknytningen til eierne særlig tett. Eierne vil her hefte personlig for selskapets gjeld. Dette kunne vært anført som et argument for at slike selskaper ikke har den nødvendige uavhengighet med hensyn til "legal form". Likevel er situasjonen den at slike selskaper klart anses som selvstendige rettssubjekter.

---

<sup>134</sup> Werlauff (2002) side 1.

Det skyldes at det ikke er ”en tvingende del af det juridiske personlighedsbegreb, at den juridiske persons ejere ikke hæfter for dens forpligtelser.”<sup>135</sup> Det forhold at et selskap også forplikter dets eiere gjennom sin opptreden hindrer det ikke i å være et selskap. Selskapet er den primært ansvarlige. Eierens ansvar kommer i annen rekke. For norsk retts vedkommende følger det direkte av selskapsloven § 2-1 at ansvarlige selskap og personlige selskap er å regne som selvstendige rettssubjekt.

Datterselskap og morselskap er også hver for seg selvstendige rettssubjekt. Kravet om selskapsrettslig atskillelse er dermed ikke til hinder for at nettoperatører er datterselskap som inngår i en konsernstruktur.

Direktivets bestemmelser gir ikke anvisning på bestemte selskapsformer el. Også i implementeringsdokumentet fremholdes det at alle selskapsformer vil kunne tilfredsstille direktivets krav. Det heter i avsnitt 3.2 at ”(t)he vertically integrated company is in principle free to choose the legal form of the network company”.

Konklusjonen blir dermed at så lenge nettoperatørvirksomheten er utskilt og lagt i en egen rettslig enhet som aksepteres i det enkelte land så vil kravet om uavhengighet med hensyn til rettslig form være oppfylt.

### 7.3 Uavhengighet fra hva?

Jeg har i avsnittet ovenfor drøftet hva som skal til for at rettslig uavhengighet skal anses å foreligge. Spørsmålet her blir hva nettoperatøren må være atskilt fra. Må nettoperatørvirksomheten utøves av en virksomhet som ikke driver annen virksomhet overhodet, eller er det kun krav om at nettoperatørvirksomheten skal være atskilt fra produksjon og omsetning. Spørsmålet om hva nettoperatørene må være atskilt *fra* angår både kravet om selskapsmessig og funksjonell atskillelse. Den grensen som her trekkes opp vil etter min vurdering være sammenfallende for de ulike atskillelseskravene i og med at direktivets uttalelser om dette er generelle. Atskillelseskravene tjener dessuten

---

<sup>135</sup> Werlauff (2002) side 2.

samme formål idet den funksjonelle atskillelsen på sett og vis kan sies å skulle gjøre den selskapsmessige atskillelsen reell.

Ordlyden i bestemmelsene uttaler at transmisjonssystemoperatører må være atskilt fra ”other activities not relating to transmission”<sup>136</sup> og at distribusjonssystemoperatøren må være atskilt fra ”other activities not relating to distribution”<sup>137</sup>.

Etter sin ordlyd uttrykker bestemmelsene<sup>138</sup> at nettoperatøren ikke kan være involvert i noen annen form for virksomhet som ikke har en tilknytning til transmisjon eller distribusjon. Et aktuell bi-geskjeft for en nettoperatør kan være drift av andre typer nettverk som tele-, internett el. Slik ”multi-utility operator” virksomhet er svært praktisk. Kabler kan strekkes parallelt og man har således mulighet til å oppnå stordriftsfordeler. Slike andre infrastrukturtjenester er aktiviteter som ikke kan sies å relatere seg til transmisjon eller distribusjon slik disse begrepene defineres i direktivet. Etter ordlyden ville det således ikke være anledning for en nettoperatør å samtidig tilby andre infrastrukturtjenester.

Minimumskriteriene, som på sett og vis kan ses på som en detaljert utlegning av direktivets mer generelle atskillelseskra, omhandler *kun* atskillelse av nettvirksomhet fra produksjon og omsetning. Utformingen av disse minimumskriteriene er “phrased in such a way that it applies exclusively in relation to other electricity activities.”<sup>139</sup> Gode grunner kan tale for at de generelle bestemmelsene må tolkes innskrenkende i lys av de mer spesifikke minimumskriteriene.

Reelle hensyn taler etter min vurdering også for at bestemmelsene i utgangspunktet kun krever at nettoperatøren skal være atskilt fra annen kraftrelatert virksomhet. Særlig likhetsbetraktninger trekker i retning av en slik løsning. EU-/EØS-retten anerkjenner at

---

<sup>136</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 første ledd.

<sup>137</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 15 første ledd.

<sup>138</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og 17 første ledd.

<sup>139</sup> Implementeringsdokumentet side 10.

rettspolitiske hensyn, herunder rettferdighets- og likhetsbetraktninger trekkes inn ved tolkning av direktiver og annen EU-lovgivning.<sup>140</sup> Direktivets bestemmelser er rettet mot vertikalt integrerte nettoperatører. Dersom bestemmelsene må tolkes på ordet vil man få den situasjonen at et nettoperatørselskap som er et datterselskap i et vertikalt integrert konsern *ikke* kan drive eksempelvis telefonnett, mens derimot et nettoperatørselskap som ikke er vertikalt integrert kan gjøre dette. Dette er en forskjellsbehandling som ikke har noen god begrunnelse. Det som ved slike multi-utility-nettverk representerer en fare for misbruk av dominerende stilling, er posisjonen som operatør av flere typer nett. Det forhold at man i tillegg er med i et vertikalt integrert kraftkonsern representerer ikke et ekstra ”faremoment” i denne anledning. Slik jeg ser det taler dermed dette for en innskrenkende forståelse av direktivets bestemmelser.

Implementeringsdokumentet fra Generaldirektoratet kan også i en viss grad kaste lys over hvordan bestemmelsen må tolkes. I forbindelse med behandlingen av funksjonell atskillelse foretas det en generell drøftelse av nettoperatørens forhold til andre sektorer enn kraft. Synspunktet her er at det er større fleksibilitet “(w)hen it comes to the relation of the network business to the network (or supply) business of other sectors”.<sup>141</sup> Likevel kan ikke denne fleksibiliteten være så stor at den hindrer ledelsen i å opptre “independently”. Implementeringsdokumentets konklusjon blir dermed at spørsmålet om i hvilken grad man må ha atskillelse mellom ledelsene for aktiviteter i ulike sektorer vil måtte bli avgjort ”on a case by case basis.”<sup>142</sup> Det er også andre uttalelser i implementeringsdokumentet som taler for at Generaldirektoratet anser det for å være i overensstemmelse med direktivets krav å tillate vertikalt integrerte nettoperatører å være involvert i andre sektorer. Det uttales blant annet at “(a) balanced assessment of, on the one hand, the need for independence and, on the other hand, the interest of, for instance, multi-utility operators to look for possible synergies is necessary.”<sup>143</sup> Uttalelsen tilsier at ”multi-utility operators” er en legitim konstruksjon som direktivet ikke forbyr på

---

<sup>140</sup> Arnesen (1994) side 19.

<sup>141</sup> Implementeringsdokumentet side 10.

<sup>142</sup> L.c.

<sup>143</sup> L.c.

generelt grunnlag. Det uttales endelig i klartekst at "(s)uch a combined multi-sector operator should nevertheless be possible in principle, on the same basis as a combined TSO/DSO."<sup>144</sup> Det en kan utlede av implementeringsdokumentet er dermed at det generelt sett ikke er forbudt for en nettoperatør, som faller inn under bestemmelsenes virkeområde å operere innen andre sektorer. Denne adgangen kan likevel begrenses, men da bare hvis annen virksomhet kommer i konflikt med de uavhengighetskravene som finnes i minimumskriteriene. Implementeringsdokumentets syn er dermed at de generelle uavhengighetskravene i bestemmelsenes første ledd må tolkes innskrenkende slik at man her kun oppstiller krav om atskillelse fra annen kraftrelatert virksomhet som eksempelvis produksjon og omsetning.

Min konklusjon blir dermed at nettoperatøren i alle fall må være atskilt i forhold til produksjon og omsetning av kraft og at de beste grunner taler for at direktivet ikke kan forstås som et generelt forbud mot at nettoperatøren kan utøve annen næringsvirksomhet.

## **8 Funksjonell atskillelse**

### **8.1 Innledning**

Kravet om selskapsmessig atskillelse er i utgangspunktet et krav av formell karakter. I seg selv er ikke et selskapsmessig skille tilstrekkelig til å oppnå direktivets mål om at det skal være andre enn produsent og selger som skal inneha rollen som nettoperatør. Dersom man bare hadde innført formelle regler om selskapsmessig atskillelse, ville det vært relativt lett å omgå intensjonene bak de nye reglene. Man kunne eksempelvis operert med to selskaper på papiret, samtidig som man i realiteten drev de to selskapene som ett; med samme personell, samme ledelse og samme fasiliteter. Et formelt krav om to selskapsrettslige enheter er i seg selv intet hinder mot at den samme gruppen personer utøver flere sett av funksjoner. Selskapsmessig atskillelse er derfor ikke alene en effektiv garanti for å sikre ikke-diskriminerende nettilgang og fri konkurranse.

---

<sup>144</sup> Implementeringsdokumentet side 6.

For å nå målet om at nettoperatør rent faktisk skal være en selvstendig enhet, oppstiller direktivet derfor krav om funksjonell atskillelse, det vil si krav om at nettoperatøren skal være uavhengig organisatorisk sett og at beslutningstagning skal være uavhengig fra andre deler av den vertikalt integrerte selskapsgruppen. Kravet uttrykkes i kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10, 15 og 17. Det heter her at nettoperatøren ”shall be independent at last in terms of its...,organisation and decision making from other activities...” (min understrekning.)

Krav om funksjonell atskillelse kommer bare til anvendelse mellom virksomheter som har gjennomført et selskapsmessig skille, men som fremdeles er å anse som vertikalt integrerte.<sup>145</sup> I praksis vil dette si situasjoner hvor man har virksomheter som inngår i en konsernstruktur og dessuten også muligens mellom offentlige selskaper med samme eier.<sup>146</sup>

Spørsmålet om hvem eller hva man må være funksjonelt uavhengig *i forhold til* oppstår også her. Som nevnt i avsnitt 7.3 må løsningen her følge de grenselinjer som ble trukket opp i forbindelse med kravet om selskapsmessig uavhengighet. Konklusjonen er dermed at nettoperatøren også i funksjonelt henseende må være atskilt fra salgs- og produksjonsvirksomhet.

## 8.2 Uavhengig organisasjon

### 8.2.1 Generelt

Kravet om at nettoperatøren ”shall be independent at last in terms of its...organisation” betyr at medlemslandene må pålegge nettoperatørene å ha en egen og uavhengig organisasjon atskilt fra produksjons- og omsetningsvirksomhet.

---

<sup>145</sup> Jeg ser her bort fra de tilfeller hvor unntaksbestemmelsene gjør kravet om funksjonell atskillelse anvendelig uten at det samtidig oppstilles et krav om selskapsmessig skille.

<sup>146</sup> Jfr. drøftelsen i avsnitt 6.4.5.6.

Etter en naturlig språklig tolkning er det nærliggende å anse et selskaps oppbygning, struktur og personell som sentrale elementer i en virksomhets organisasjon. Med et selskaps organisasjon tenker man videre typisk på et selskaps organer og forholdet dem imellom. Man kan også se rapporterings- og instruksjonslinjer som en del av en virksomhets organisasjon. Begrepet *organisasjon* er likevel vagt og flytende. Ordlyden er relativt åpen og gir i seg selv begrenset veiledning med hensyn til de nærmere grensedragninger. Selv om innholdet i direktivets innledende bestemmelser ikke så lett lar seg fastlegge, er enkelte av minimumskriteriene mer håndfaste og konkrete. Det er derfor viktig å se hele bestemmelsen i sammenheng ved tolkning av hva som ligger i kravet om organisatorisk uavhengighet. Det er særlig minimumskriteriet i artikkel 10 annet ledd a, 15 annet ledd a og 17 a som angår organisatoriske forhold.

En bedrifts *organisasjon* vil uansett være et begrep som består av flere bestanddeler. Jeg vil nedenfor ta for meg enkelte av de elementer som jeg anser sentrale i en bedrifts *organisasjon*. De elementene jeg vil se nærmere på har jeg valgt ut på bakgrunn av en naturlig språklig forståelse av begrepet, innholdet i minimumskriteriene og uttalelser i Generaldirektoratets implementeringsdokument. Under det enkelte punkt vil jeg vurdere hva direktivets uavhengighetskrav vil innebære og medføre av konsekvenser.

## 8.2.2 Uavhengig ledelse

### 8.2.2.1 Hvem utgjør ledelsen i en virksomhet?

Ledelsen er et sentralt element i en virksomhets organisasjon. Uten en eller annen form for overordnet styring er det vanskelig å snakke om en organisasjon. Når direktivet oppstiller et krav om at nettoperatørens organisasjon skal være uavhengig er det derfor nærliggende å utlede, på bakgrunn av en naturlig språklig forståelse av begrepet organisasjon, at nettoperatøren må ha en selvstendig ledelse. Reelle hensyn støtter også en slik forståelse i og med at ledelsen vil ha stor mulighet til å styre utviklingen og adferden i et selskap.



Utgangspunktet må dermed være at de organer og posisjoner som kan sies å utgjøre ledelsen hos nettoperatøren må være uavhengig fra produksjons- og omsetningsvirksomhet.

Når det gjelder hvilke uavhengighetskrav *på personplan* som kan utledes av direktivet, må den innledende bestemmelsen ses i sammenheng med minimumskriteriene. Med uavhengighetskrav på personplan sikter jeg til forbud for personer som inngår i ledelsen mot å ha andre verv eller stillinger parallelt. Forbud mot visse dobbeltroller er et forhold som tas opp eksplisitt i direktivet. Den aktuelle bestemmelsen er det likelydende minimumskriteriet som finnes i artikkel 10 annet ledd bokstav a, artikkel 15 annet ledd bokstav a og artikkel 17 første ledd bokstav a. Det pålegges her restriksjoner for "persons" i nettoperatørselskapet som er "responsible for the management".<sup>147</sup> Problemstillingen blir dermed hvilke personer som kan sies å være ansvarlig for ledelsen av nettvirksomheten.

Hvem som har dette ansvaret reguleres ikke av bestemmelser i kraftmarkedsdirektiv II. Man må derfor her se hen til andre kilder. Selv om vertikal integrasjon mellom andre typer av selskaper enn aksjeselskaper er mulig, er den mest praktiske situasjon at funksjonell atskillelse skal gjennomføres i konsernstrukturer bestående av aksjeselskaper, jfr. avsnitt 8.1. På bakgrunn av dette vil jeg kun behandle spørsmålet om hvem som anses ansvarlig for ledelsen i et aksjeselskap.

Pr. dags dato inneholder ikke EU-retten noen fullstendig regulering av myndighets- og ansvarsforhold i aksjeselskaper. Det er vedtatt en ny forordning 2157/2001 av 8. oktober 2001 om det europeiske aksjeselskap som etablerer en særlig selskapstype kalt det europeiske aksjeselskap, SE. Denne selskapsformen vil eksistere parallelt med selskaper opprettet etter nasjonal selskapsrett. Når det gjelder de ulike landenes selskapsrett har det lenge eksistert et forslag til direktiv om aksjeselskapers struktur og

---

<sup>147</sup> kraftmarkedsdirektivet artikkel 10:2 a, 15:2 a og 17 første ledd a i dansk versjon.

om de ulike organers kompetanse og forpliktelser.<sup>148</sup> Forslaget omtales gjerne som *strukturdirektivet*. Selv om dette direktivet ikke er vedtatt er det likevel en interessant kilde da ”det på en eller flere punkter er uttrykk for almindelige grundsætninger for bestyrelses-, direktions- og generalforsamlings-spørgsmål.”<sup>149</sup>

Et aksjeselskap skal etter strukturdirektivet kunne organiseres på to måter.<sup>150</sup> Enten kan selskapets ledelse organiseres etter en ”dualistisk modell” eller etter en ”monistisk modell”. Organisering etter en dualistisk modell innebærer at ledelsen skal bestå av et ”management organ” og et ”supervisory organ”.<sup>151</sup> Fordelingen av arbeidsoppgaver mellom disse organene skal være slik at ”(t)he company shall be managed by a management organ under the supervision of a supervisory organ.”<sup>152</sup> Man har altså et skille mellom overvåkning/kontroll og utøvelse. Forholdet mellom disse organene er nærmere beskrevet i forslaget til strukturdirektiv. Blant annet skal ”the management organ” produsere skriftlige rapporter til ”the supervisory organ”.<sup>153</sup>

Etter den *monistiske modellen* skal selskapet ha et ”administrative organ” på topp.<sup>154</sup> Selv om man her ikke har to ledelsesorganer er det også i dette tilfellet tenkt et visst skille mellom overvåkning og utøvelse. Et slikt ”administrative organ” skal bestå av en ”executive” og en ”non-executive” del. Ifølge strukturdirektivets bestemmelser skal selskapet her bli ”managed by” den ”executive” delen av ”the administrative organ” under overvåkning av den ”non-executive” delen. Når det gjelder ansvar for selskapets handlinger, kan både ”the management organ” og ”the supervisory organ” samt hele

---

<sup>148</sup> COM (72) 887.

<sup>149</sup> Werlauff (2002) side 329. Werlauff er videre av den oppfatning at regler etter de linjer som trekkes opp i strukturdirektivet vil bli vedtatt jfr. Werlauff (2002) side 344.

<sup>150</sup> I forordning 2157/2001 om europeisk aksjeselskap, SE har man valgt et tilsvarende system som i forslaget til strukturdirektiv. Det europeiske aksjeselskap SE vil ikke bli nærmere kommentert her, men er inngående behandlet blant annet av Werlauff (2002) side 134-157.

<sup>151</sup> COM (72) 887 (forslag til strukturdirektiv) artikkel 3 første ledd.

<sup>152</sup> COM (72) 887 (forslag til strukturdirektiv) artikkel 3 første ledd.

<sup>153</sup> Ibid. artikkel 11.

<sup>154</sup> Ibid. artikkel 21a første ledd.

“the administrative organ” på nærmere vilkår holdes *ansvarlig* for “damages sustained by the company as a result of breaches of law or of the memorandum or articles of association or of other wrongful acts”.<sup>155</sup>

Sett i forhold til de enkelte lands selskapsrett må et selskaps styre (board of directors) i utgangspunktet anses som en form for ”management organ”. Et styre med en blanding av utøvende og overvåkende medlemmer må derimot ses som et ”administrative organ”. Et slikt system med ”executive directors and non-executive directors” har man blant annet i engelsk selskapsrett.<sup>156</sup>

Et ”dualistisk” eller tosporet system ser man eksempelvis i Tyskland og Nederland hvor et aksjeselskap må ha både et styre og et organ tilsvarende et ”supervisory organ”.<sup>157</sup> I fransk selskapsrett er en slik modell et valgfritt alternativ.<sup>158</sup>

I Norge opererer man ikke med en slik funksjonsdeling mellom ”management organ” og ”supervisory organ”. Heller ikke er styret i norske aksjeselskaper inndelt i en ”executive” og en ”non-executive” del. For Norges vedkommende følger det av aksjeloven § 6-12 at forvaltningen av selskapet hører under styret. Styret skal ”sørge for forsvarlig organisering av virksomheten” mv. og representerer selskapet utad, jfr. aksjeloven §§ 6-12 og 6-30. Aksjeloven gir også styret anledning til å fastsette retningslinjer og det kan dessuten gi instruks med hensyn til den daglige ledelse, jfr. § 6-13. De oppgaver styret er tildelt etter aksjeloven tilsier at styret må anses som ”responsible for the management” av selskapet. Et styremedlem har generelt en betydelig mulighet til å øve innflytelse på driften og andre forhold i selskapet. Reelle hensyn taler dermed for at plikten til å innføre forbud mot dobbeltroller må gjelde for styremedlemmer og medlemmer av tilsvarende organer. At styremedlemmene anses

---

<sup>155</sup> Ibid. artikkel 14 og 21 u.

<sup>156</sup> Mayson (2003) side 455 flg.

<sup>157</sup> Bovis (1997) side 6.

<sup>158</sup> Le Gall (1992) side 115.

som personer "responsible for the management" var også konklusjonen i den svenske utredningen i forbindelse med gjennomføringen av direktivet.<sup>159</sup>

Konklusjonen blir, slik jeg ser det, at i alle fall de ovennevnte utøvende organer eller utøvende deler av organer må anses som selskapets ledelse. Gode grunner kan tale for at også organer som tilsvarer "supervisory organ(s)" må anses som organer "responsible for the management".<sup>160</sup> Etter direktivets bestemmelser vil det dermed være de som innehar disse posisjonene som ikke kan ha parallelle verv eller funksjoner i det tilknyttede produksjons- eller omsetningsselskapet.<sup>161</sup>

Når det gjelder en virksomhets ansatte administrative ledelse taler en naturlig språklig forståelse for at disse må anses som "persons responsible for the management". Den administrative ansatte ledelses ansvars- og myndighetsforhold er ikke enhetlig regulert i EU-retten. Daglig leder representerer i noen grad selskapet utad. Dette er også tilfelle i Norge hvor daglig leder representerer selskapet utad i saker som inngår i den daglige ledelse, jfr. asl. § 6-32. Daglig leder står for den daglige drift av selskapet, jfr. asl. § 6-14. Reelle hensyn trekker dermed også i retning av at denne gruppen må omfattes av direktivets uavhengighetskrav. Det interessante spørsmål her blir dermed hvilke personer og stillinger som kan sies å tilhøre den ansatte administrative ledelse. Hvordan man organiserer ledelsen i et selskap kan variere fra selskap til selskap. Det må på bakgrunn av ovenstående være på det rene at i alle fall selskapets øverste leder, dvs. daglig leder eller administrerende direktør er omfattet. Det er likevel nærliggende å se det slik at selskapets ledelse kan bestå av en *større* krets av personer enn kun daglige leder. En naturlig forståelse av uttrykket tilsier at alle personer med sentrale administrative og ledende funksjoner er å anse som en del av "the management". Implementeringsdokumentet støtter også en slik forståelse. Det uttales her at ledelsen også må anses å omfatte både "the top executive management and the operational

---

<sup>159</sup> SOU 2003:113 side 164.

<sup>160</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav a, 15 annet ledd bokstav a og 17 første ledd bokstav a.

<sup>161</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav a, 15 annet ledd bokstav a og 17 første ledd bokstav a.

(middle) management”. Når det gjelder krav om uavhengighet for den ansatte administrative ledelse kan det her være aktuelt med generelle bestemmelser hvor den nærmere grensedragning avhenger av hvordan det enkelte selskap har valgt å fordele myndighet og ansvarsoppgaver.

Når det gjelder generalforsamlingen er det iflg. Werlauff ”træffende at beskrive generalforsamlingen som selskabets *øverste organ*.”<sup>162</sup> Generalforsamlingen er det øverste organ i og med at den har siste ord i sentrale saker som kapitalforhøyelse eller kapitalnedsettelse, fusjon og fisjon mv. Likevel er det ,slik jeg ser det, ikke naturlig å se på de personer som utgjør generalforsamlingen som ”persons responsible for the management”. Aksjeeieres ansvar for selskapets handlinger er i utgangspunktet begrenset til aksjeinnskuddet. Eventuelt ansvar utover dette vil måtte bygge på ordinære erstatningsrettslige regler og ikke selskapsrettslige.<sup>163</sup> Dessuten ville uavhengighetskravet dersom det også omfattet de som utgjør generalforsamlingen i realiteten være å innføre restriksjoner på eierskap. Dette har klart ikke vært hensikten med direktivet. Det heter eksempelvis i fortalens pkt 10 at direktivet ikke tar opp ”ownership issues”. Det uttales også i direktivets fortale at det er viktig å skille mellom ”legal separation and ownership unbundling”<sup>164</sup> og at den rettslige atskillelsen er ment å skulle innføres uten å nødvendigvis medføre krav om eiermessig atskillelse.

Hvilke personer som kan sies å utgjøre ledelsen i en virksomhet er også drøftet i forbindelse med forberedelsene til gjennomføring av direktivet. I den svenske offentlige utredningen uttales det at ”(m)ed et företags ledning avses de personer som har ett reelt beslutsfattande inom företaget. För svensk vidkommande torde dette i första hand innebära ett företags styrelse och dess verkställande direktörsamt firmatecknare.”<sup>165 166</sup> Deltakere på generalforsamling er her ikke nevnt. Konklusjonen blir etter en samlet

---

<sup>162</sup> Werlauff (2002) side 331.

<sup>163</sup> Aksjeeier kan likevel jfr. asl/asal § 17-1 blant annet i en eventuell regressomgang måtte betale erstatning for tap påført selskapet.

<sup>164</sup> Kraftmarkedsdirektiv II fortalen pkt 8.

<sup>165</sup> verkställande direktör betyr administrerende direktør jfr. Svensk/Norsk ordbok, Sandvei 3. utg. 1989

vurdering at generalforsamlingen i direktivets forstand ikke kan anses som "persons responsible for the management".

#### 8.2.2.2 Uavhengighetskravets innhold

Jeg har i avsnittet ovenfor drøftet hvem som pålegges forbud mot å inneha parallelle verv og posisjoner. Spørsmålet blir så hvilke posisjoner og roller disse personene som utgjør ledelsen i nettselskapet ikke kan ha.

Det heter i direktivet at ledelsen i transmisjonssystemoperatørselskapet ikke kan inngå i "company structures of the integrated electricity undertaking responsible, directly or indirectly, for the day-to-day operation of the generation, distribution and supply of electricity;" (min understrekning).<sup>167</sup> Tilsvarende kan ikke ledelsen i distribusjonssystemoperatørene inngå i virksomhetsstrukturer som direkte eller indirekte har ansvar for daglig drift av "generation, transmission and supply" av kraft.<sup>168</sup> Ledelsen i selskap som opererer kombinerte nett kan ikke inngå i virksomhetsstrukturer som direkte eller indirekte er ansvarlig for den daglige drift av produksjon eller forsyning av elektrisitet. Med andre ord kan ikke ledelsen i nettselskapene være involvert i virksomhetsstrukturer som har ansvaret for ledelsen av *andre typer virksomheter* enn den nettvirksomhet som det aktuelle nettselskapet utøver.

Problemstillingen blir dermed hvilke virksomhetsstrukturer i et selskap som kan anses å ha *direkte eller indirekte ansvar* for den daglige drift.

Det er den ansatte administrative ledelse som er den gruppe som *direkte* har ansvaret for den daglige drift. Daglig leders oppgaver fremgår som tidligere nevnt av asl. 6-14 og det heter her at "(d)aglig leder står for den daglige ledelse av selskapets virksomhet". Når direktivet pålegger medlemslandene å gjennomføre en slik plikt også når det gjelder

---

<sup>166</sup> SOU 2003:113 side 164.

<sup>167</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav a.

<sup>168</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 15:2 bokstav a.

grupper som *indirekte* har ansvaret for den daglige drift må dette ses på som et signal om at kretsen utvides. Ved en slik ”utvidelse” av kretsen er det styret som er det naturlige neste skritt. En naturlig språklig forståelse taler derfor for at *styret* og eventuelle tilsvarende organer i alle fall *indirekte* må sies å være en virksomhetsstruktur som er ansvarlig for den daglige drift i produksjons- eller omsetningsselskapene. Styret i et selskap har stor innflytelse på aktiviteten i en bedrift. Styrets beslutninger vil i mange henseende legge rammene for den daglige drift og større enkeltbeslutninger vil typisk bli styrebehandlet. Det vil på bakgrunn av dette kunne være uheldig om en i ledelsen i nettselskapet satt som styremedlem i det tilknyttede produksjons- eller omsetningsselskapet. Også reelle hensyn taler derfor for at styret må anses som en virksomhetsstruktur som indirekte er ansvarlig for den daglige drift.

Det kan anføres at det generelt ville være nærliggende å anta at ”company structures...responsible, directly or indirectly, for the day-today operation” betydde noe annet enn ”persons responsible for the management”. Det er regulerings teknisk lite heldig å bruke ulike begreper om samme forhold. Typisk har derfor slike ulike betegnelser, når de brukes i samme sammenheng, vært ansett som en indikasjon på at de må tolkes ulikt. Dette forholdet kan likevel ikke tillegges noen særlig betydning da tidligere drøftelser har vist at det generelt kan sies å være en tendens til manglende stringens med hensyn til ordvalg/struktur i direktivet.<sup>169</sup>

Den svenske utredningen argumenter for samme løsning som ovenfor. Det uttales her at ”(å)tskillnaden mellan nätverkssamhet samt produktion av och handel med el tydliggörs genom en ny regel med innebörd att en styrelseledamot, verkställande direktör eller firmatecknare i et nätföretag inte samtidigt får vara styrelseledamot, verkställande direktör eller firmatecknare i en juridisk person som bedriver produktion eller handel med el.”<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Se avsnitt 5.2.

<sup>170</sup> SOU 2003:113 side 164.

Når det gjelder styret og den administrative ledelse i et eventuelt rent holdingselskap har jeg større vanskeligheter med å anse dette som en selskapsstruktur som har ansvar for den *daglige drift* av produksjons- eller omsetningsvirksomhet som utøves av datterselskapet. Selv om morselskapets beslutninger vil ha konsekvenser for nettvirksomheten vil avstanden til dag-til-dag beslutninger ofte kunne være relativt stor. Løsningen er likevel usikker. Situasjonen kommenteres i implementeringsdokumentet og holdningen der er at en slik kombinasjon kan tillates, men ”must be decided on a case-by-case basis”.<sup>171</sup> Det anføres videre at en slik kombinasjon bare kan aksepteres “if the holding company does not take any day-to-day management decisions regarding the supply, production or network branch.”<sup>172</sup> I forarbeidene til forslag til endringer i den finske elmarknadslagen er det uttrykkelig uttalt at også ledelsen i morselskapet ikke skal kunne ha sentrale posisjoner i nettvirksomheten. Det uttales her at: ”(f)örbudet i bestämmelsen gäller inte bara sådana bolag inom en koncern som bedriver elproduktion eller elförsäljning utan också moderbolaget för et sådant koncernbolag.”<sup>173</sup> Det fremgår derimot ikke av proposisjonen hvorvidt man anser dette for å være en nødvendig følge av direktivet eller om man her velger å gå lengre enn direktivets krav. Nettselskapets selvstendighet er et sentralt formål bak de nye bestemmelsene. Dersom personer i ledelsen av morselskapet også sitter i eksempelvis nettselskapet styre kan dette være med på å svekke nettvirksomhetens selvstendighet. Formålet bak bestemmelsene trekker derfor i retning av at også styret og den administrative ledelse i morselskapet må omfattes.

For Norges vedkommende blir konklusjonen dermed at det *i alle fall* må innføres et forbud mot at styremedlemmer og den administrative ledelse<sup>174</sup> i et vertikalt integrert nettselskap også sitter i styret eller i den administrative ledelse i det tilknyttede produksjons- eller omsetningsselskapet. Etter min oppfatning bør det også innføres

---

<sup>171</sup> Implementeringsdokumentet side 8.

<sup>172</sup> Implementeringsdokumentet side 8.

<sup>173</sup> Regjeringens proposition till Riksdagen med förslag till ändring av elmarknadslagen och marknadsdomstolslagen, RP 127/2004 side 60.

<sup>174</sup> Jfr. avsnitt 8.2.2.1.



forbud mot at styremedlemmene og den administrative ledelse i nettvirksomheten har slike posisjoner i morselskapet.

#### 8.2.2.3 Restriksjoner på jobbytte

Et eget spørsmål er om direktivet, med kravet om uavhengig organisasjon, også setter restriksjoner på adgangen til å gå fra en type virksomhet til en annen. Eksempelvis fra nettvirksomhet og over til produksjon. Forbud mot kombinasjon av roller vil i så fall tilføres en tidsdimensjon. Direktivet har ingen eksplisitte uttalelser som uttrykker et slikt krav. Direktivet uttaler derimot at medlemslandene må ta "appropriate measures"<sup>175</sup> for å sikre at ledelsen i nettselskapet opptrer uavhengig. Implementeringsdokumentet anser restriksjoner med hensyn til overgang som et typisk eksempel på et slikt tiltak og uttaler at "transfer of staff from the network business to other activities of the company and vice-versa should be made subject to certain conditions."<sup>176</sup>

Som tidligere nevnt er det særlig fare for krysssubsidiering og utnyttning av sensitiv informasjon som kan oppstå i forbindelse med vertikal integrasjon. Det å gjennomføre en krysssubsidiering i en eller annen form henger ordinært sammen med at man har interesser i begge virksomhetene *samtidig*. Men det kan også tenkes at en person sentralt plassert i nettselskapet ville kunne være fristet til å gi det vertikalt integrerte omsetningsselskapet fordeler i forkant av en jobbovergang til det aktuelle selskapet. På den måten kunne det tenkes at man fikk en "flying start" i det nye selskapet. Faren i forbindelse med overgang vil likevel, slik jeg ser det, primært dreie seg om misbruk av sensitiv informasjon. Etter min oppfatning kan pålegg om konfidensialitetsklausuler være et tilstrekkelig tiltak. Dermed kan jeg vanskelig se at formålsbetraktninger og direktivets ordlyd tilsier at medlemslandene har en absolutt plikt til å innføre særlige restriksjoner ut over dette.

---

<sup>175</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet led bokstav b, artikkel 15 annet ledd bokstav b og artikkel 17 første ledd bokstav b.

<sup>176</sup> Implementeringsdokument side 8.

### 8.2.3 Uavhengige ansatte

Et eget spørsmål er om øvrig personell og ansatte også må anses som en del av en virksomhets organisasjon. I så fall kunne det også her vært aktuelt med lignende forbud mot rollekombinasjoner som gjelder for ledelsen.

Personell på lavere nivå vil også kunne ha mulighet til å øve innflytelse på driften og ha tilgang på sensitiv informasjon. I en viss grad kan derfor også reelle hensyn sies å tale for et generelt uavhengighetskrav for de ansatte.

Det som derimot sterkt taler *imot* en slik løsning er at direktivet lest i sammenheng må sies å ha tatt et valg med hensyn til hvilke personer som medlemslandene er forpliktet til å oppstille atskillelseskrav for. Jeg finner det mest nærliggende at direktivet ved å si at *ledelsen* ikke kan ha dobbeltroller indirekte dermed har sagt at det ikke er noe krav etter direktivet at medlemslandene gjennomfører krav om fullstendig atskillelse for alt *annet personell* i nettselskapet.

### 8.2.4 Adgang til samarbeid – fellestjenester mv.

En virksomhets organisasjon består ikke bare av personene, men også av andre forhold og elementer som arbeidsvilkår, insentivsystemer og andre strukturer. Man har også en rekke støttefunksjoner som er nødvendig for å få en virksomhet til å fungere. For selskaper som blir nødt til å utskille nettvirksomheten i et eget selskap, kan det være økonomisk interessant å samarbeide med den tilknyttede produksjons- og omsetningsvirksomheten om slike støttefunksjoner. Eksempler på mulig samarbeid kan være felles it-avdeling, felles transport, felles innkjøpsordninger samt felles regnskaps- og personalavdeling etc. Slikt samarbeid har i følge uttalelser i Generaldirektoratets implementeringsdokument vært vanlig mellom nett- og produksjons- og salgsselskaper i som inngår i samme konsern.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> Implementeringsdokumentet side 9.

Stilt ovenfor et krav om at nettoperatørens organisasjon skal være uavhengig blir spørsmålet hvilken betydning dette kravet får for adgangen til å dele slike tjenester med et tilknyttet produksjons- eller omsetningsselskap.

Ut av ordlyden er det ikke lett å trekke noen entydig konklusjon med hensyn til i hvilken grad det er akseptabelt å samarbeide om fellestjenester. Rent språklig vil man kunne argumentere for at en virksomhet kan ha en selvstendig organisasjon, selv om selskapet samarbeider med andre virksomheter om enkelte tjenester og for eksempel har en felles it-avdeling. Selvstendige selskaper som ikke inngår i konserner inngår stadig vekk samarbeidsavtaler etc. med andre virksomheter. Dette er i mange tilfeller rasjonell og bedriftsøkonomisk fornuftig opptreden. Samtidig, dersom omfanget av fellestjenester og utsetting av arbeidsoppgaver blir svært omfattende, kan det stilles spørsmålsteget ved om virksomhetene organisatorisk sett er å regne som selvstendige.

Et omsetnings- eller produksjonsselskap som *ikke* er vertikalt integrert vil ikke ha de samme muligheter og forutsetninger for å samarbeide med et nettselskap som et produksjonsselskap som er en del av et vertikalt integrert konsern har. Dermed vil en slik samarbeidsmulighet kunne være et fortrinn som skaper ujevne konkurranseforhold. Direktivets formål om å stimulere til økt konkurranse innen produksjon og omsetning trekker derfor i retning av at slike fellestjenester ikke bør aksepteres.

Direktivets fortale har enkelte uttalelser som synes å bygge på en forutsetning om at samarbeid i noen grad er tillatt. Det uttales i fortalen at "(n)othing prevents similar or identical employment conditions applying throughout the whole of the vertically integrated undertakings".<sup>178</sup> Sammenfallende arbeidsvilkår forutsetter slik jeg ser det en viss form for felles personalhåndtering. Dette taler dermed for at direktivet gir åpning for å ha en regulering som tillater en vis grad av samarbeid mellom de ulike virksomhetene i den vertikalt integrerte gruppen. Dette kan omfatte enkelte deler av personalhåndteringen, utarbeidelse av rutiner, pensjonsordninger og tilsvarende.

---

<sup>178</sup> Kraftmarkedsdirektiv II fortalen pkt 8.

Adgang til samarbeid kommenteres også i Generaldirektoratets implementeringsdokument. Holdningen her er kritisk, men utgangspunktet er at det ikke er noe absolutt forbud. Fellestjenester må vurderes ”on a case by case basis.”<sup>179</sup> Det gis videre anvisning på begrensninger og mer presise vilkår som etter Generaldirektoratets oppfatning må være oppfylt før slikt samarbeid kan aksepteres i forhold til direktivet. For å hindre ”competition concerns and exclude conflicts of interests” uttales det at “any cross subsidies being either given to or received by the network business are excluded; to ensure this, the service shall be provided at market conditions, which shall be laid down in a contractual arrangement between the company providing the common services and the beneficiary company”.<sup>180</sup> I tillegg til dette uttaler Generaldirektoratet seg om hvordan de mener slike samarbeidsforhold bør administreres. Generaldirektoratet uttaler i den anledning at “common services shall normally be operated and managed outside the network business – i.e. by the related supply company or, even better, a holding company – unless the network is the predominant user.”

Et annet forhold som kan ha betydning for adgangen til samarbeid er nettoperatorenes plikt til ikke å forskjellsbehandle ”system users or classes of system users, particularly in favour of its related undertakings.”<sup>181</sup> Et samarbeid som bare er åpent for deltakelse fra det tilknyttede omsetnings- eller produksjonsselskapet vil lett kunne bli ansett som en form for diskriminering.

Sett under ett er konklusjonen at direktivet ikke kan ses som et absolutt forbud mot samarbeid, men at slikt samarbeid må vurderes konkret og gjennomføres på en måte som ikke reelt sett innebærer en kryssubsidiering eller forskjellsbehandling.

---

<sup>179</sup> Implementeringsdokumentet side 9.

<sup>180</sup> Implementeringsdokumentet pkt side 9.

<sup>181</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 9 første ledd bokstav e. Tilsvarende bestemmelse for DSO i artikkel 14 annet ledd.

### 8.2.5 Særlig om felles faktura

Et fenomen som man har sett en del til i det siste her i Norge er tilbud om én felles faktura for både nettleie og kraftforbruk. Argumentene for å bruke en slik ordning er at dette er enkelt og praktisk. Som det fremgår av gjennomgangen foretatt i St.mld.nr 18 (2003-2004) er det i praksis kun ”kraftleverandører med eiermessig tilknytning til nettselskapet som har fellesfakturerings.”<sup>182</sup> I stortingsmeldingen tas det til orde for at fellesfakturerings bør være et tilbud til alle og at NVE må vurdere å utferdige et pålegg til nettselskapene om dette.

I en høringsuttalelse har Forbrukerrådet tatt til orde for at slik fellesfakturerings istedenfor bør forbys. Forbrukerrådet mener det bør være et minst mulig formalisert forhold mellom nettselskap og kraftleverandør. Felles fakturerings vil slik Forbrukerrådet ser det ”medføre et for tett forhold mellom nettselskap og kraftleverandør, noe som kan misbrukes i de tilfeller der én kraftleverandør har et eiermessig forhold til et nettselskap.”<sup>183</sup>

Et slikt tilbud om fellesfakturerings innebærer et samarbeid mellom nettselskap og omsettere som det er tvilsomt om kan aksepteres i forhold til direktivets krav. Etter min oppfatning vil en slik fellesfakturaløsning, dersom den reelt sett bare er åpen for det tilknyttede produksjons- eller omsetningsselskapet være en diskriminering som er forbudt etter artikkel 14 første ledd eller 9 bokstav e.

Hvorvidt slik felles faktura vil være i strid med direktivets atskillelseskrav, dersom det gjøres som et åpent tilbud til alle kraftleverandører er mer tvilsomt. Slik jeg ser det, er det en fare for at slik fellesfakturerings vil kunne ha en konkurransedempende virkning. Dette skyldes at når nettleie og kraftforbruk slås sammen til en regning så vil dette

---

<sup>182</sup> St.mld.nr 18 (2003-2004) side 19.

<sup>183</sup> Forbrukerombudet. (24.02.04 ) Høringsuttalelse: Høring om St.meld. nr. 18 (2003-2004) om Forsyningssikkerheten for strøm mv. [Sisert 22.06.04]. Tilgang: <http://forbrukerportalen.no/Artikler/fr/2004/1077635696.48>.

kunne virke tilslørende, selv om fakturaen innledende spesifiserer utgiftene. Det kan dermed argumenteres for at fellesfakturering, på bakgrunn av direktivets formål om å tilrettelegge for økt konkurranse, må anses som en form for samarbeid som er i strid med kravet om uavhengighet for nettoperatørene.

### 8.3 Uavhengig beslutningstagning

#### 8.3.1 Generelt

Det jeg har kalt kravet om funksjonell atskillelse inneholder også et krav om at medlemslandene må innføre regler som sikrer at nettselskapets beslutningstagning er uavhengig. Det heter i kraftmarkedsdirektiv II at nettselskapet skal være ”*independent at least in terms of its.....decision making*”.<sup>184</sup>

I det at en virksomhets beslutningstagning skal være selvstendig ligger at beslutninger ikke reelt sett må tas av andre utenfor virksomheten. Videre ligger det også i kravet at de beslutninger som fattes må tas på bakgrunn av vurderinger av hva som er hensiktsmessig for den aktuelle virksomheten. En virksomhets beslutningstagning er ikke uavhengig dersom hensynet til andre virksomheter utenfor selskapet er styrende for selskapets beslutninger og handlemåte.

Dette kravet kan ses på som selve kjernen i direktivets atskillelseskrav. Nettvirksomhet skal i størst mulig grad drives som en selvstendig virksomhet som ikke skal ha andre agendaer eller styres av andre interesser. De andre kravene om selskapsmessig atskillelse og egen organisasjon er på mange måter bare hjelpemidler for å oppnå en slik selvstendighet.

Uavhengig beslutningstagning vil være avhengig av hvilken adgang morselskapet har til å øve innflytelse over beslutningsprosesser hos nettoperatørvirksomheten. I tillegg til dette er det viktig at enkeltpersoner i ledelsen av nettvirksomheten ikke utsettes for press.

---

<sup>184</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og 17 første ledd.

### 8.3.2 Forholdet morselskap - nettselskap

Som nevnt tidligere vil kravet om funksjonell atskillelse primært komme på spissen hvor man har flere selskapsenheter som inngår i en konsernstruktur. En analyse av hva som ligger i kravet om uavhengig beslutningstaking blir dermed en vurdering av hvordan regler om kompetanse og myndighetsforhold mellom de ulike selskapene i et konsern må utformes.

Det sentrale problem i denne anledning er forholdet mellom krav om selvstendig beslutningstaking og morselskapets innflytelse over datterselskapene. Etter fusjonsforordningen, som det vises til i definisjonen av vertikal integrasjon, er det nettopp det forhold at et selskap har ”decisive influence” over et annet som gjør at en gruppe selskaper anses for å ha den nødvendige tilknytning til hverandre for å anse dem som vertikalt integrerte. Det er denne bestemmende innflytelsen som skaper konsernstrukturer. Det oppstår dermed en konflikt mellom morselskapets bestemmende innflytelse og kravet om at nettselskapet (datterselskapet) skal være uavhengig.

Kravet om at nettselskapet etter nasjonal lovgivning og regulering skal sikres uavhengig beslutningstaking må derfor ses på som et *generelt utgangspunkt*, som ikke kan gjøres gjeldende fullt ut. At organisering i en konsernstruktur er en akseptabel løsning i forhold til direktivets krav må være klart jfr. drøftelsen i avsnitt 7.2. Dette er en nødvendig konsekvens av at direktivet ikke har som intensjon å regulere eierforhold og følger videre av direktivets system med hensyn til hvordan de konkrete atskillelseskravene er utformet.

Direktivet inneholder i artikkel 10 annet ledd bokstav c, 15 annet ledd bokstav c og 17 første ledd bokstav c bestemmelser som medfører begrensninger av hva som ligger i kravet. Det sentrale er at nettselskapet skal sikres ”effective decision-making rights” med hensyn til ”assets necessary to operate, maintain or develop the network.” Effektiv beslutningsmyndighet vil her si at alle kommersielle og operasjonelle beslutninger som angår drift, vedlikehold og utvikling av nettet må tas internt i nettselskapet og at morselskapet ikke kan tillates å instruere datterselskapet på dette området. Andre særlig

områder hvor det er viktig med selvstendighet er nettutvidelser, sammenføring av ledningsnett med andre systemer etc.<sup>185</sup>

Uavhengigheten skal likevel ikke være til hinder for at det kan eksistere nødvendige koordineringsmekanismer for å sikre morselskapets økonomiske og administrative rett til tilsyn med hensyn til utbytte fra de midler som er investert i datterselskapet. De særlige koordineringsmekanismer, som direktivet gir anvisning på at morselskapet skal kunne benytte for å gjennomføre økonomisk og administrativt tilsyn, er for det første adgangen til å la morselskapet kreve å få godkjenne nettoperatørselskapets årlige "annual financial plan, or any equivalent instrument".<sup>186</sup> Slik jeg forstår det må "annual financial plan" forstås som selskapets årsbudsjett. Morselskapet kan også gis anledning til å bestemme hvor grensen skal gå for datterselskapets totale gjeldsbyrde.<sup>187</sup>

Selv om årsbudsjettet skal godkjennes, innebærer ikke dette at morselskapet gis full styring over nettselskapets økonomi. I kravet om at nettselskapet skal sikres uavhengig beslutningstagning ligger at denne uavhengigheten må være reell og ikke bare formell. Det må derfor utformes regler som medfører at morselskapet ikke kan tvinge gjennom et budsjett som medfører at nettselskapet ikke vil kunne utføre sine plikter og oppgaver på en tilfredsstillende måte. En slik forståelse støttes blant annet også av uttalelser i tokningsdokumentet fra Generaldirektoratet, Det heter her at: "the financial plan, whilst it can be adopted by the parent company, must be compatible with the requirement to ensure that the network company has sufficient financial means to maintain and extend the infrastructure available."<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> Implementeringsdokumentet pkt side 11.

<sup>186</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav c, artikkel 15 annet ledd bokstav c og artikkel 17 første ledd bokstav c.

<sup>187</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav c, artikkel 15 annet ledd bokstav c og artikkel 17 første ledd bokstav c.

<sup>188</sup> Implementeringsdokumentet side 11.



Det fremgår uttrykkelig av direktivet at medlemslandene må utforme sin lovgivning slik at morselskapet ikke gis anledning ”to give instructions regarding day-to-day operations, nor with respect to individual decisions”<sup>189</sup> så lenge nettselskapets beslutninger holder seg innenfor det vedtatte årsbudsjett.

Direktivet inneholder som tidligere nevnt ingen plikt til å gjennomføre et eiermessig skille. Dette gjelder både på selskapsnivå, men også når det gjelder de enkelte driftsmidler og da eksempelvis nettanlegg mv. Kravene om gjennomføring av rett for nettselskapet til uavhengig beslutningstagning med hensyn til drift, vedlikehold og utvikling av nett vil gjelde også der hvor morselskapet fremdeles står som eier av det aktuelle nettet. I slike situasjoner vil morselskapet kunne være involvert i iverksettingen av ulike tiltak gjennom sin eierfunksjon. Dette medfører likevel ingen store betenkeligheter så lenge rollefordelingen er klar.

I implementeringsdokumentet fra Generaldirektoratet uttales det at det er forenlig med direktivet at medlemslandene tillater morselskapet å være “involved in the implementation of these decisions, providing that safeguards are in place ensuring that the parent company only executes decisions taken by the network company.”<sup>190</sup>

Med andre ord er det etter Generaldirektoratets vurdering ikke i samsvar med direktivets krav dersom morselskapet tillates å eie aktiva, uten at nettselskapet har sikkerhetsforanstaltninger som sikrer at nettselskapet gis avgjørende myndighet med hensyn til hvilke beslutninger som skal fattes. I utgangspunktet kan en avtalekonstruksjon mellom nettselskapet og morselskapet være en tilstrekkelig sikkerhetsforanstaltning. Men det er viktig at nettselskapet gis adgang til å intervenere på en eller annen måte dersom ikke morselskapet opptrer samsvarende med hva

---

<sup>189</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav c, artikkel 15 annet ledd bokstav c og artikkel 17 første ledd bokstav c.

<sup>190</sup> Implementeringsdokumentet side 11.

nettselskapet har besluttet. Nettselskapet må i en slik situasjon være sikret rett til inntreden.<sup>191</sup>

Et eksempel som fremholdes i implementeringsdokumentet er de ”step-in rights” som man har i den irske ”Agreement on Infrastructure”. Dette er en avtale mellom Electricity Supply Board (ESB), som er selskapet som eier det irske transmisjonsnettet og EirGrid som er gitt oppgaven å fungere som transmisjonssystemoperatør. Den irske regulator, Commission for Energy Regulation (CER), har adgang til å kreve endringer i avtalen.<sup>192</sup> ESB som netteier skal etter avtalen i stor grad ha ansvaret for vedlikehold og utbygging av nettet, men dette må gjøres på bakgrunn av EirGrids ”Development Plan”. EirGrid har med andre ord det overordnede ansvaret, mens ESB står for den daglige drift. Step-in rettighetene er et sett av regler som gir EirGrid anledning til, enten selv å utføre vedlikehold og utbygging, eller å overlate dette til andre, dersom ESB ikke oppfyller sine kontraktsforpliktelser.

En tilsvarende kontraktsmodell, med krav til godkjenning fra regulerende myndigheter, kan være en aktuell måte å regulere forholdet mellom morselskap og nettselskap på i de tilfeller hvor det er morselskapet som eier selve nettet.

### 8.3.3 Uavhengighet på individnivå

Selv om nettselskapet formelt er sikret uavhengighet i forhold til sitt morselskap er det også viktig at de personer som er ansvarlig for driften av nettselskapet ikke lar seg styre av andre interesser enn nettselskapets beste. I direktivet er det eksplisitt inntatt en bestemmelse om at landene må iverksettes passende tiltak for å sikre at ”the professional interests of the persons responsible...are taken into account in a manner that ensures that they are capable of acting independently.”<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> Implementeringsdokumentet side 11.

<sup>192</sup> CER. Transmission Infrastructure Agreement Principle Paper, datert 1. juni 2001 side 5.

<sup>193</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd, 15 annet ledd og 17 første ledd bokstav b.

I stor grad oppnås uavhengig beslutningstagning allerede av det parallelle kravet om at nettoperatøren skal ha sin egen organisasjon og det tilhørende kravet om forbud mot dobbeltroller.

Et annet forhold som det kan være aktuelt å sette inn tiltak mot er eventuelle uheldige lønns- og bonusordninger. Det er viktig at incitamentordninger er utformet slik at de ansatte ikke påvirkes på en uheldig måte. Lønn og bonus for de ansatte i nettselskapet bør derfor være basert på nettvirksomhetens resultater alene. Slik jeg ser det, vil hensynet til selvstendighet ikke være tilstrekkelig ivaretatt dersom ledelsens og de ansattes lønn helt eller delvis er basert på produksjonsselskapets økonomiske resultater. Man ville da ha en økonomisk og personlig interesse i dette selskapets drift. Det er derfor en naturlig og nærliggende tolkning at direktivet må forstås dit hen at det pålegger medlemslandene å gjennomføre og håndheve et forbud mot denne type lønnsfastsettelsesmekanismer.

Dette synspunktet støttes også av uttalelser i implementeringsdokumentet hvor det uttales at lønnen til ledelsen i nettselskapet skal fastsettes ”on the basis of pre-fixed elements related to the performance of the network company.”<sup>194</sup>

Den naturlige måte å gjøre dette på ville være å gi nettselskapene pålegg om at lønnsutbetalinger og bonuser må basere seg på nettselskapets egne resultater og eventuelt andre selvstendige parametre.

#### 8.4 Etablering av overvåknings- og oppfølgingsprogram

Direktivet oppstiller ikke bare pålegg til medlemslandene om hvilke krav til atskillelse som må innføres. Direktivet har også bestemmelser som angår selskapenes kontroll og den praktiske gjennomføringen. EU har alminnelige overvåkningsorganer som skal følge med og vurdere om medlemslandene oppfyller de pålegg som oppstilles. Men i dette tilfelle oppstiller direktivet krav om at medlemslandene skal pålegge

---

<sup>194</sup> Implementeringsdokumentet side 11.

nettoperatørene *selv* å etablere særskilte program for å overvåke og kontrollere at de krav som direktivet pålegger medlemsstatene å innføre blir fulgt opp i tilstrekkelig grad. Selskapene skal naturligvis ikke kontrollere myndighetenes gjennomføring av direktivet, men derimot sin egen etterlevelse av vedtatte bestemmelser. Som nevnt i avsnitt 5.3 er ulike former for internkontrollregimer utbredt også på andre områder, eksempelvis innen sikkerhet.

Den sentrale bestemmelsen når det gjelder krav til overvåknings- og oppfølgingsprogram er minimumskriteriet i kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav d, 15 annet ledd bokstav d og 17 første ledd bokstav d. Formålet med bestemmelsen er å skape et formelt rammeverk for å sikre at nettoperatøren som helhet, inkludert ledelse og ansatte opptrer på en måte som sikrer ikke-diskriminerende markedsadgang.<sup>195</sup>

Etter direktivets bestemmelser skal slike programmer ha en ansvarlig person som leder. Alternativt kan ansvaret for programmet legges til et av selskapets organer, eksempelvis styret. Medlemsstatene stilles her fritt og kan la selskapene selv velge hvordan de vil organisere et slikt program. Det oppstilles videre krav om at landene må innføre en rapporteringsordning med hensyn til gjennomføring og måloppnåelse.

Når det gjelder innholdet i oppfølgings- og overvåkningsprogrammet er det første som direktivet peker på at man må beskrive de foranstaltninger som er truffet for å sikre at diskriminerende adferd er utelukket. Denne skildringen skal så resultere i en rapport som må sendes inn til det ansvarlige forvaltningsorgan.

Direktivet stiller også krav om at medlemslandene må pålegge selskapene å uttrykkelig fastsette de ansattes konkrete forpliktelser. Dette kravet stilles for å klargjøre overfor den enkelte i bedriften at man ikke har adgang til å opptre diskriminerende eller handle på en måte som ville stride med direktivets atskillelsesregler. Sentrale element i

reglement for ansatte vil være generelle handlingsregler samt regler om hva som er å regne som konfidensiell og sensitiv informasjon. Andre sentrale poeng er dessuten regler om oppførsel vis-à-vis nettverkskunder.<sup>196</sup> Det er i denne sammenheng viktig å formidle klart hvem man representerer og at man kun representerer nettselskapet. I en slik sammenheng bør man ikke referere til den tilknyttede virksomheten i det vertikalt integrerte konsernet. Istedenfor å gi anbefalinger bør man henwise til generelle informasjonskilder.

Det er naturlig å tolke direktivet dit hen at medlemslandene må stille krav til selskapene om at programmets forpliktelser må være mer enn bare ord. Selskapene må sørge for at de ansattes etterlevelse av handlingsregler og retningslinjer blir ”adequately monitored.”<sup>197</sup> Hvordan og i hvilken utstrekning man skal kontrollere at programmet gjennomføres internt uttaler ikke direktivet noe om. Det må etter min mening være nærliggende her å se det slik at ulike metoder og systemer vil kunne aksepteres. Denne egenkontrollen og resultatene av denne er et av de forhold som selskapet må rapportere om skriftlig i den årlige rapporten som skal utferdiges. De forpliktelser som pålegges de ansatte må dessuten, for å ha realitet, kunne sanksjoneres på en eller annen måte. I implementeringsdokumentet fra Generaladvokaten uttales det i den anledning at overvåkningsprogrammet må inneholde en “Clear statement that disciplinary action will be taken against staff violating the compliance rules;”<sup>198</sup> Slik jeg tolker direktivet kan det ikke utledes noen plikt til å pålegge selskapene å måtte ”straffe” sine ansatte ved brudd på programmet. At brudd på programmet kan få konsekvenser for selskapet vil etter min vurdering kunne være et tilstrekkelig middel til å gi programmet realitet.

---

<sup>195</sup> Implementeringsdokumentet side 12 flg.

<sup>196</sup> Implementeringsdokumentet side 12.

<sup>197</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav d, 15 annet ledd bokstav d og 17 første ledd bokstav d.

<sup>198</sup> Implementeringsdokumentet side 13.

## 8.5 Funksjonell atskillelse uten krav til selskapsmessig atskillelse

### 8.5.1 Bakgrunn

På bakgrunn av unntaksregelen i direktivets artikkel 30, som vil bli nærmere gjennomgått i kapittel 9, kan det enkelte medlemsland velge å utsette gjennomføringen av kravet om selskapsmessig atskillelse for distribusjonssystemoperatører. Derimot har man ikke adgang til å utsette gjennomføringen av kravet om funksjonell atskillelse. Dermed får man den spesielle situasjonen at kravene til funksjonell uavhengighet for DSO kan måtte oppfylles innenfor en selskapsenhet som driver *både* med nettvirksomhet og annen vertikalt integrert virksomhet. Denne unntaksregelen skaper en hel rekke problemstillinger. Mange av de funksjonelle kravene som er oppstilt forutsetter at man har å gjøre med et selvstendig selskap. Problemet blir dermed hvordan kravene om funksjonell atskillelse skal kunne gjennomføres innenfor rammen av et vertikalt integrert selskap som altså driver både med produksjon eller salg samt nettdrift.

De funksjonelle kravene som oppstilles i direktivet er etter sin ordlyd de samme som i de tilfellene hvor kravet om selskapsrettslig atskillelse gjelder. Det er med andre ord *ikke* gitt noen *egne* bestemmelser som eksplisitt er utformet for denne situasjonen. Det vil altså være de generelle kravene om funksjonell atskillelse *tolket* med dette særlige tilfellet for øye som vil regulere situasjonen.

### 8.5.2 Selvstendige avdelinger

Direktivet pålegger medlemslandene å innføre bestemmelser om at nettoperatørens organisasjon må være uavhengig. Et krav om å ha egne organer og egne strukturer for rapportering og instruksjoner vil ikke kunne gjennomføres fullstendig fra topp til bunn i og med at et selskap alltid vil ha en felles øverste ledelse. Et aksjeselskap vil bare kunne ha ett styre, dette må dermed være et felles organ for begge virksomhetene, likeledes vil den øverste administrative ledelse, dersom selskapet har en daglig leder, etter alminnelig aksjelovgivning ha det overordnede ansvaret for daglig drift av hele virksomheten.<sup>199</sup> Når direktivet likevel krever at nettvirksomhet, som drives innenfor

---

<sup>199</sup> Aksjeloven §§ 6-12 og 6-14.

rammen av ett enkelt vertikal integrert selskap skal være organisatorisk uavhengig, er det nærliggende å anta at det som et minimum er krav om at nettvirksomheten må ligge i en egen virksomhetsavdeling og at denne må ha en viss grad av selvstendighet.

Et forhold som taler for et slikt krav er at dersom man skal kunne gjennomføre noen form for organisatorisk atskillelse av nett- og produksjons-/salgsvirksomhet, så må de krav som oppstilles ha en funksjonell og hensiktsmessig adressat. En egen virksomhetsavdeling for nettvirksomhet vil være en slik enhet som man regulatorisk vil kunne forholde seg til og gi regler for. En egen avdeling vil være den løsning som innenfor rammen av et felles selskap gir størst atskillelse og størst mulig grad av organisatorisk uavhengighet.

At vertikalt integrerte selskaper må ha separate virksomhetsavdelinger følger dessuten allerede av kraftmarkedsdirektiv I. Selvstendige avdelinger er i realiteten en nødvendig forutsetning for å kunne gjennomføre kravet om regnskapsmessig skille etter kraftmarkedsdirektiv I kapittel IV.

### 8.5.3 Gjennomføring av krav om uavhengig organisasjon

Et selskap kan som nevnt bare ha ett styre og en øverste administrativ ledelse. Spørsmålet blir dermed om selskaper som driver både nett og produksjon i samme selskap må ha en særskilt person som er øverste ansvarlige for nettvirksomheten. Direktivets ordlyd som krever at nettoperatørens organisasjon skal være atskilt fra produksjons- og salgsvirksomhet kan anføres å trekke i retning av et slikt krav. Formålet bak reglene er også et argument for en slik forståelse. Et krav om selvstendig avdelingsledelse støttes også av uttalelser i implementeringsdokumentet hvor det heter at ”The management staff working in the network department must not at the same time have tasks related to the other activities of the sector”<sup>200</sup> og videre at ”(a) managing director for the network department shall be appointed.”<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Implementeringsdokumentet side 11.

<sup>201</sup> Implementeringsdokumentet side 10.

Konklusjonen blir dermed at i de tilfeller hvor nett- og produksjon på grunn av unntaksreglene i direktivet fremdeles ligger i samme selskap så plikter medlemslandene å oppstille et krav til selskapene om at de skal ha en særskilt person som er ansvarlig for nettvirksomheten (avdelingsleder el.).

Spørsmålet om adgang til samarbeid og fellestjenester oppstår også i de tilfeller hvor distribusjonssystemoperatøren kun er en avdeling i et vertikalt integrert selskapet. Etter min oppfatning vil samarbeid også i disse tilfeller måtte vurderes fra tilfelle til tilfelle. Grensene for hvilken form for samarbeid som aksepteres mellom avdelinger vil, etter min vurdering, av praktiske hensyn antakelig være noe mindre streng enn mellom selvstendige selskaper. Men også i et tilfelle som her må det være forbudt med samarbeid som i realiteten innebærer en krysssubsidiert av kraftproduksjonen eller kraftomsetningen. Distribusjonssystemoperatøren vil også måtte forholde seg til likebehandlingsplikten, jfr. artikkel 14 annet ledd.

#### 8.5.4 Gjennomføring av krav om uavhengig beslutningstagning

I forholdet til kravet om uavhengig beslutningstagning blir problemstillingen noe annerledes i de tilfeller hvor nettoperatøren ikke er et eget selskap. Problemstillingen går ikke her på forholdet til morselskapet, men på nettdivisjonens myndighet og kompetanse visá-vis resten av selskapet.

Også her må det generelle kravet om at nettoperatørens beslutningstagning skal være uavhengig<sup>202</sup> ses i sammenheng med de mer konkret utformede bestemmelsene i artikkel 10 annet ledd bokstav c, 15 annet ledd bokstav c og 17 første ledd bokstav c. Bestemmelsene er ikke direkte anvendelige idet de angår hvilke tilsynsrettigheter morselskapet har med hensyn til å sikre utbytte av sine investeringer i datterselskapet. Likevel mener jeg de betraktninger som bestemmelsen bygger på må gjelde også her. En naturlig fortolkning av kravet om uavhengig beslutningstagning anvendt på den aktuelle situasjon taler for at medlemslandene må innføre bestemmelser som sikrer ledelsen av nettavdelingen en viss form for uavhengighet. Som anført ovenfor kan ikke

---

<sup>202</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og 17 første ledd.



uavhengighetskravet gjennomføres fullt ut. Morselskapet og her den felles ledelse har rett til en viss innflytelse, men også her er det viktig at den gjennomføres etter klare og oversiktlige retningslinjer. Ansvar for den daglige drift av nettvirksomheten må ligge i nettdivisjonen og den felles ledelse i selskapet vil slik jeg tolker direktivet ikke kunne tillates å instruere avdelingsledelsen når det gjelder forhold som har å gjøre med den daglige drift.

Selv om det innen rammen av et selskap vil kunne oppstå et særlig press om lojalitet i forhold til selskapet som helhet, vil ulike tiltak kunne være med på å sørge for at nettdivisjonen opptrer uavhengig og ikke gir den tilknyttede produksjons- eller omsetningsvirksomheten fordeler. Overvåkningsprogrammet, som blant annet inneholder rapporteringskrav til offentlige myndigheter, vil kunne være et slikt tiltak. Et slikt overvåkningsprogram og den tilhørende rapporteringsplikten vil, slik jeg ser det, være særlig viktig i disse tilfellene. Andre aktuelle tiltak for å sikre nettdivisjonen uavhengig beslutningstaking, kan for eksempel være regler om plikt til å ha formelle stillingsinstruksjoner og avtaler, eller særskilte vedtekter som uttrykker hvilken beslutningsmyndighet ledelsen i nettavdelingen skal ha.

Betraktningene om at uavhengighet også avhenger av hvilke incentiver som påvirker de personer som arbeider med nettvirksomheten har også relevans i forhold til den aktuelle situasjon. Ved vertikal integrasjon innen rammen av et enkelt selskap vil det ordinært være nærliggende at bonusordninger etc. relaterer seg til selskapets totale økonomiske situasjon. Dermed vil de som arbeider med nettvirksomhet kunne ha økonomisk interesse i den tilknyttede produksjons- eller salgsvirksomheten. Dette er uheldig og det er viktig for å sikre likebehandling av produsenter og omsettere at man ikke har økonomiske incentiver som ligger utenfor nettvirksomheten.

At omsetnings- og salgsvirksomheten ikke skal ha betydning for lønnen til de som utfører nettvirksomhet vil være praktisk gjennomførbart også i de tilfeller hvor det kun foreligger et felles selskap. Det er derfor nærliggende å tolke bestemmelsene i kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 annet ledd bokstav b, 15 annet ledd bokstav b og 17

første ledd bokstav b slik at dette kravet gjelder fullt ut også i disse tilfellene. Når det gjelder den praktiske gjennomføringen vil dette medføre at det må innføres forbud mot å la selskapets totale økonomiske situasjon være et element i lønns- eller bonusfastsettelse. De som arbeider med nettvirksomhet må få sin lønn og sine bonuser fastsatt enten på bakgrunn av objektive kriterier, eller på bakgrunn av nettdivisjonens resultater.

At dette må være en riktig forståelse støttes også av implementeringsdokumentet hvor det uttales at "(s)alaries of the personnel working in the network department shall depend exclusively on the performance of the network business as a "profit centre", established on the basis of pre-fixed elements."<sup>203</sup>

## 8.6 Virksomhet i morselskapet

Vertikal integrasjon foreligger i direktivets forstand både der hvor morselskapet er et rent holdingselskap som eier et nettselskap og et produksjons- eller omsetningsselskap, og også der hvor et nettselskap eier et omsetnings- eller produksjonsselskap og vice versa.

Spørsmålet blir så om alle disse konstruksjonene er forenlig med kravet om funksjonell atskillelse. Det er særlig kravet om at nettvirksomhetens beslutningstagning skal være uavhengig<sup>204</sup> som reiser problemer. I dette kravet ligger både at nettvirksomheten ikke skal bli styrt av andre og videre at ikke nettvirksomheten skal ha andre utenforliggende mål å forfølge.<sup>205</sup> På bakgrunn av dette mener jeg at direktivets krav medfører at nettselskapet ikke kan tillates å være morselskap i et vertikalt integrert konsern. De hensyn som ligger bak atskillelsesreglene taler også for en slik forståelse. Nettselskapet vil i en slik situasjon ha økonomisk egeninteresse i produksjon eller omsetning. Dette vil kunne skape en situasjon hvor faren for forskjellsbehandling er særlig stor. Nettselskapets adgang til å eie andeler i produksjons- eller omsetningsvirksomhet

---

<sup>203</sup> Implementeringsdokumentet side 10.

<sup>204</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10 første ledd, 15 første ledd og 17 første ledd.

<sup>205</sup> Jfr. drøftelsene i avsnitt 8.3.

omtales også i implementeringsdokumentet. Det uttales her at "(i)f the network company holds such shares, it has a direct financial interest in the performance of the related supply branch and, as a consequence, its management is no longer capable of 'acting independently'. This rule excludes a situation where the network company is at the same time the holding company of a supply/production company."

Det kan anføres at også der hvor morselskapet er et produksjons-/omsetningsselskap eller eventuelt et rent holdingselskap vil det kunne finnes økonomiske motiver for å pålegge nettselskapet å gi den tilknyttede virksomheten fordeler. Men det er nettopp slikt press de ulike atskillelsesreglene er utformet for å demme opp for. I forhold til et nettselskap som eier produksjons- eller omsetningsvirksomhet vil derimot ikke dette vernet være effektivt, da det her nettopp vil kunne være i nettselskapets egeninteresse å gi produksjons/omsetningsvirksomheten fordeler. Kravet om uavhengig beslutningstaking må derfor forstås slik at nettselskapet ikke kan ha eierinteresser i produksjons- eller omsetningsvirksomhet.

Konklusjonen blir dermed at det er i samsvar med direktivets krav å ha et vertikalt integrert konsern med et rent holdingselskap som morselskap. Antakelig vil det også være en akseptabel løsning at et produksjons-/omsetningsselskap er morselskap i et vertikalt integrerte konsern. Derimot kan ikke et nettselskap spille den samme rollen.

## **9 Unntaksreglene**

### **9.1 Innledning**

Det er i direktivet gitt visse unntaksregler som gjør det mulig for det enkelte medlemsland å velge å ikke gjennomføre de nye bestemmelsene fullt ut; alternativt utsette gjennomføringen. Bakgrunnen for unntaksreglene er at direktivet oppstiller til dels omfattende krav til kraftselskapene. Proporsjonalitetsbetraktninger tilsier at det bør være adgang til å gjøre unntak for små selskaper som har liten innvirkning på

konkurransesituasjonen totalt sett og hvor kravene vil være svært byrdefulle å gjennomføre. At det er slike hensyn som ligger bak unntaksreglene fremgår klart av fortalen hvor det uttales at unntaksregler gis "(t)o avoid imposing a disproportionate financial and administrative burden".<sup>206</sup>

## 9.2 Unntaket for mindre distribusjonssystemoperatører

Den første unntaksmuligheten er unntaket for såkalte *små* distribusjonssystemoperatører. Artikkel 15 inneholder avslutningsvis en bestemmelse om *adgang* for det enkelte land til å beslutte at reglene ikke skal komme til anvendelse for disse selskapene. Unntaket er generelt og gir adgang til unntak fra både kravet om funksjonell og selskapsmessig atskillelse. Unntaket er heller ikke tidsbegrenset på noen måte. Det enkelte land har altså innenfor gitte rammer en skjønnsmessig adgang til å gjøre unntak fra gjennomføringsplikten. Det er på den annen side ikke noe forbud mot å velge å innføre reglene fullt ut også for mindre selskaper.

Det sentrale spørsmål er hvilke selskaper som det etter bestemmelsen er adgang til å gjøre unntak for. Etter bestemmelsens ordlyd kan man gjøre unntak for "integrated electricity undertakings serving less than 100 000 connected customers, or serving small isolated system".<sup>207</sup>

Problemstilling her blir for det første hva som ligger i begrepet "connected customers". Uttrykket "customers" er definert i artikkel 2 nr 7 og består av både "wholesale and final customers". Disse to begrepene er igjen definert i artikkel 2 nr 8 og 9. "(C)ustomers" omfatter jfr. definisjonene alle kraftkunder, det vil si både sluttbrukere og videreselgere. Begrepet "connected customers" består av to komponenter. I det at kunden må være "connected", ligger etter en naturlig språklig forståelse at bare de som er *tilknyttet* det aktuelle nettet kan regnes med. Eventuelle kraftsalgskunder som *ikke* er tilknyttet dette nettet faller utenfor oppregningen. Derimot må en "connected customer(s)" slik jeg ser det *ikke* nødvendigvis være en kraftsalgskunde hos

---

<sup>206</sup> Kraftmarkedsdirektiv II fortalen pkt 11.

<sup>207</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 15 annet ledd i.f.

nettopperatøren. I forhold til kravet om 100.000 er man å regne som ”connected customers” *også* om man allerede har fritt leverandørvalg, og har benyttet seg av dette til å kjøpe kraft av en annen enn nettleverandøren.

Reelle hensyn taler etter min oppfatning også for en slik tolkning. Bakgrunnen for atskillelseskravene er blant annet faren for krysssubsidiering, at penger man tar inn på netttjenester skal kunne gjøre det mulig å selge kraft rimeligere. For å etablere et konkurransefortrinn etter disse linjene er man avhengig av flest mulig nettkunder som man kan spre produksjonsutgiftene på. Det vil i forhold til krysssubsidieringsmuligheten være uten betydning hvorvidt nettkundene også er kraftkunder.

Min konklusjon er dermed at de beste grunner taler for at direktivets begrep ”connected customers” må forstås som nettkunder generelt.

Det andre alternativet er hvor distribusjonsoperatøren kun betjener ”small isolated systems”. Dette vil si nettanlegg som ikke er koblet sammen med det øvrige nettet. Hva som skal til for at et slikt selvstendig nett skal regnes som ”lite” er ikke definert i direktivet. Det må i alle fall være klart at nettet ikke kan anses som ”lite” dersom antallet kunder overstiger den 100.000 kunders grensen som gjelder for det sammenkoblede nettet. For Norges vedkommende er uansett ikke dette en problematisk grensedracting da det ikke finnes noen selvstendige nett som er i nærheten av denne grensen.

Slik jeg tolker direktivet stilles landene fritt til enten å ha et generelt unntak fra reglene for små selskaper, eller alternativt velge en løsning hvor man kan gi dispensasjoner i det konkrete tilfellet. Man kan også velge den løsning å innsnevre anvendelsesområdet for unntaket til kun å gjelde for de aller minste selskapene. Dette kan eksempelvis gjøres ved å sette en lavere grense enn 100.000. Dette følger slik jeg ser det av alminnelige *fra det mer til det mindre betraktninger*.

### 9.3 Utsatt gjennomføring av artikkel 15 første ledd

I artikkel 30 har man regler om implementering av direktivets bestemmelser. Utgangspunktet er at hele direktivet skal være gjennomført i de respektive medlemsland innen 1. juli 2004. Fra dette utgangspunktet har man i artikkel 30 annet ledd gitt en unntaksmulighet, slik at landene kan velge å utsette gjennomføring av artikkel 15 første ledd til 1. juli 2007. Det gis derimot ikke anledning til å gjøre unntak fra kravene i artikkel 15 annet ledd. Ser man artikkel 15 første ledd og annet ledd i sammenheng blir resultatet at man for vertikalt integrerte distribusjonssystemoperatører kan utsette gjennomføringen av selskapsmessig atskillelse, men ikke funksjonell atskillelse. Adgangen til å utsette selskapsmessig atskillelse er bakgrunnen for gjentakelsen av kravene til organisatorisk og beslutningsmessig atskillelse i artikkel 15 annet ledd.<sup>208</sup>

Som gjennomgangen i kapittel 8 har vist medfører denne adgangen til delvis utsettelse visse særlige utfordringer da funksjonell atskillelse på mange måter forutsetter en selskapsmessig atskillelse. Der hvor denne utsettelsesadgangen benyttes må derfor de funksjonelle atskillelseskravene tilpasses så godt det lar seg gjøre jfr. avsnitt 8.5.

### 9.4 I hvilken grad bør Norge benytte seg av unntaksreglene?

I hvilken grad Norge bør velge å benytte unntaksreglene er ikke et rettslig spørsmål, men derimot først og fremst et politisk spørsmål. Spørsmålet avhenger blant annet av hvorvidt myndighetene vurderer det som uproporsjonalt og unødvendig tyngende å la reglene komme til anvendelse også for de mange mindre selskapene som driver lokalnett. På grunn av særegne geografiske forhold, med spredt bosetning og spredt produksjon av kraft kombinert med et relativt lavt folketall, er det i Norge en lang rekke små kraftselskaper som driver lokalnett. I en slik sammenheng er terskelen for hva som karakteriseres som små selskap i direktivets forstand satt så høyt at en betydelig del av det norske lokalnettet vil kunne bli omfattet av unntaket for små selskap. Samtidig er volumet på kraft som transporteres i det norske nettet betydelig. Elektrisk kraft er den

---

<sup>208</sup> Jfr. avsnitt 5.2.

dominerende energikilden i Norge og energibruken pr innbygger er høy.<sup>209</sup> Norge har i motsetning til mange andre europeiske land ikke nedstrøms gassrørledningsnett av noe særlig omfang, og vi har dessuten mye kraftkrevende industri. Kraftmarkedet i Norge er derfor økonomisk interessant i større grad enn hva man kan utlede av å se på kundetallet alene.

I Sverige har man i den offentlige utredningen i forbindelse med gjennomføringen av kraftmarkedsdirektiv II foreslått å bare benytte seg av deler av unntaksmulighetene. Når det gjelder kravet om selskapsmessig skille samt de delene av den funksjonelle atskillelsen som går på selvstendig ledelse, er anbefalingen å ikke gjøre unntak i det hele tatt. Bakgrunnen for denne anbefalingen er at ”den merkostnad som en åtskillnad av företagens ledningar enligt elmarknadsdirektivets bestämmelser skulle kunna orsaka, är i förhållande til omsättning och rörelsekostnader hos berörda företag liten.”<sup>210</sup> I forbindelse med utredningen ble det gjennomført en intervjuundersøkelse av visse utvalgte selskap. Resultatene av denne undersøkelsen viste at det også i mindre selskaper forekom kryssubsidiering, idet det syntes å være en tendens til å belaste nettselskapet med en uforholdsmessig stor del av de samlede administrasjonsutgiftene. På bakgrunn av at man anså den økonomiske byrden ved å gjennomføre atskillelse for å være relativt liten, også for mindre selskaper, valgte man i utredningen særlig å vektlegge likebehandling av selskapene. Det ble i den anledning uttalt at ”(d)essutom bör även elanvändare som är anslutna till ett litet nätföretags nät ha samma berättigade krav till åtskillnad mellan verksamheterna som de elanvändare som är anslutna till nät som innehas av större företag.”<sup>211</sup>

Når det gjelder overvåkningsprogram som omtales i direktivet artikkel 15 annet ledd er anbefalingen her å la unntaket komme til anvendelse. Begrunnelsen her er at man i

---

<sup>209</sup> Norges totale energibruk pr. innbygger er høyere enn gjennomsnittet for industrilandene (land som er medlem av OECD). Norge har dessuten verdens høyeste elektrisitetsforbruk pr. innbygger jfr.: Statens forurensningstilsyn. (05.01.04). Miljøstatus i Norge. [Sisert: 11.06.04]. Tilgang: [http://www.mistin.dep.no/templates/PageWithRightListing\\_\\_\\_\\_2339.aspx](http://www.mistin.dep.no/templates/PageWithRightListing____2339.aspx).

<sup>210</sup> SOU 2003:113 side 166.

Sverige synes at man allerede har gode nok mekanismer for å kontrollere at atskillelsen blir reell.

Dersom man sammenligner forholdene i Norge og Sverige, ser en at nettselskapene i Sverige gjennomgående er noe større målt i antall nettkunder.<sup>212</sup> Den effekt vertikal integrasjon har på konkurransesituasjonen vil dermed være mindre og de tilpassninger som må til for å komme i samsvar med direktivets krav vil oppleves større jo mindre selskapet er.

Også i Finland er det foreslått bestemmelser som innebærer at unntaksmulighetene ikke blir benyttet fullt ut. I regjeringens proposisjon foreslås det å gjøre unntak for selskapsmessig atskillelse for små foretak. Grensen for hva som skal regnes som små distribusjonssystemoperatører er foreslått satt på bakgrunn av transportert kraftvolum. Terskelverdien skal være ”minst 200 gigawattimmar som överförts i ett lågspänningsnät per kalenderår.”<sup>213</sup> Dennen grensedragningen vil harmonisere med direktivet ettersom ”(d)et föreslagna tröskelvärdet är lägre än den övre gräns på 100 000 kunder som anges i direktivet, eftersom de minsta företag som omfattas av skyldigheten har åtminstone ca 18 000 kunder.”<sup>214</sup> Når det gjelder krav om uavhengig ledelse går man inn for at det skal gjøres unntak for selskaper som har mindre enn 50.000 kunder.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> SOU 2003:113 side 166.

<sup>212</sup> Sverige har jfr. SOU 2003:113 side 166 162 selskaper som driver kraftnett, hvorav kun fire har mer enn 100.000 tilknyttede kunder. I Norge er det ca 178 selskaper som opererer nett jfr. Fakta 2002 side 80. Folketallet i Sverige er jfr. tall for 2002 fra utenriksdepartementet ([www.odin.dep/ud](http://www.odin.dep.ud)) ca 8.940.788. Folketallet i Norge er ca 4.579.000. jfr. Statistisk sentralbyrå. (18.12.03). Beregnet folketal i Norge pr 1. januar 2004. [Sisert 15.08.04]. Tilgang: <http://www.ssb.no/emner/02/01/10/folkber/main.html>. Dette gir for Sveriges vedkommende gjennomsnittlig 55.190 personer pr nettselskap mens det i Norge er 25.825 innbyggere pr nettselskap.

<sup>213</sup> RP 127/2004 side 59.

<sup>214</sup> RP 127/2004 side 59.

<sup>215</sup> Jf. RP 127/2004 side 59 flg.



For mange av de norske selskapene som faller under grensen på 100.000 kunder vil det ikke medføre urimelige økonomiske konsekvenser å måtte gjennomføre et selskapsmessig og funksjonelt skille. Mange av de største av disse nettaktørene er allerede organisert i konsernstrukturer med egne nettselskaper. For andre vil dette derimot kunne medføre betydelige utgifter. Det er med andre ord stor forskjell mellom selskapene som det er adgang til å gi unntak for. Omsetningen kan her variere fra noen hundre tusen og opp til halvannen milliard.<sup>216</sup> De aller minste nettselskapene som kun driver konsesjonspliktig virksomhet i begrenset omfang har omsetningskonsesjon på såkalte forenklede vilkår.

Det er i underkant av 20 vertikalt integrerte selskaper som har denne typen omsetningskonsesjon.<sup>217</sup> I og med at vi har enkelte svært små selskaper som opererer nett mener jeg Norge bør benytte seg av unntaksadgangen i noen utstrekning. I og med at forskjellene mellom de selskapene som er å regne som små i direktivets forstand er så store, mener jeg gode grunner taler for at man ikke nødvendigvis bør benytte unntaksregelen fullt ut. Grensen for hva som er å regne som små selskap kan for eksempel gjerne settes lavere enn ved 100.000 kunder. Nøyaktig hvor en slik grense eventuelt skulle trekkes måtte avhenge av en gjennomgang av selskapenes størrelse og profil. En slik gjennomgang ville kunne gi grunnlag for å trekke slutninger for hva som er å regne som små og store selskaper i norsk sammenheng.

---

<sup>216</sup> Eksempelvis hadde Nord-Trøndelag Energiverk i 2002 en omsetning på kr 1 522 468 000 jfr. DN.

(u.å). Bedriftsbasen. [Sitert: 03.06.04]. Tilgang: <http://www.dn.no/bedriftsbasen/>

[index.jsp?companyNo=Y29tcGFueU5vPTk3MTU3NTYzOCZlcmw9&briefCompanySearch=](http://www.dn.no/bedriftsbasen/index.jsp?companyNo=Y29tcGFueU5vPTk3MTU3NTYzOCZlcmw9&briefCompanySearch=).

Selskapet har jfr. Fakta 2002 side 80 ca 75.000 nettkunder. Av de mindre vertikalt integrerte selskapene hadde eksempelvis Nånes og Mele Kraft AS i 2002 en omsetning på kr 399.000 jfr. Bedriftsbasen. (samme kildehenvisning.)

<sup>217</sup> NVE, (01.01.04). Omsetningskonsesjonærer. [Benyttet: 03.06.04]. Tilgang: [http://www.nve.no/modules/module\\_109/](http://www.nve.no/modules/module_109/)

[publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=6388&iMenuId=504&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Konsesjon%E6rer](http://www.nve.no/publisher_view_product.asp?iEntityId=6388&iMenuId=504&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Konsesjon%E6rer).

Dersom Norge velger å ikke benytte unntaksadgangen fullt ut vil dette være å regulere utover direktivets minstekrav. I forhold til en slik regulering vil ikke norske myndigheter ha noen tidsfrister å måtte forholde seg til.

Pr. dags dato er det ikke endelig avgjort hvorvidt og eventuelt i hvilken grad Norge vil komme til å benytte seg av unntaksreglene, men ”spørsmålet om anvendelse av unntaksmulighetene i direktivet (helt eller delvis) og om eventuell senking av grensen er spørsmål som konkret vurderes i departementet.”<sup>218</sup>

## **10 Nærmere om klassifisering av norske nettoperatører**

### **10.1 Innledning**

Hvilken betydning kraftmarkedsdirektiv II vil få for organiseringen av norske kraftselskaper, dersom direktivet gjøres til en del av EØS-avtalen, beror på flere forhold. For det første oppstår spørsmålet om hvilke selskaper norske myndigheter vil ha *plikt* til å gi regler om funksjonell og selskapsmessig atskillelse for. I tillegg vil det avhenge av i hvilken grad norske myndigheter velger å benytte seg av direktivets unntaksbestemmelser.

I dette kapittelet vil jeg drøfte hvilke deler av det norske overføringsnett som må regnes som henholdsvis transmisjonsnett og distribusjonsnett. Denne grensedragningen er av stor betydning da det kun er adgang til å gjøre unntak for rene distribusjonssystemoperatører.<sup>219</sup> Hvorvidt det norske regionalnettet er å regne som transmisjonsnett vil dermed ha betydning for adgangen til å gi unntak for alle de

---

<sup>218</sup> jfr. email av 3. mai 2004 fra Trond Ulven Ingvaldsen i OED til undertegnede.

<sup>219</sup> Artikkel 10 og 17 inneholder ingen unntaksmulighet for ”små” selskaper jfr. avsnitt 9.2.

selskaper som har under 100.000 kunder og som opererer både lokalnett og regionalnett og i tillegg utøver produksjon eller omsetning.<sup>220</sup>

Etter norsk intern rett har klassifiseringen av de ulike nettnivåene til nå stort sett vært et hensiktsmessighetsspørsmål. Eksempelvis har NVE jfr. energilovforskriften § 4-4 adgang til å ”ved enkeltvedtak fastsette hvilke anlegg som inngår i sentralnettet.” Det har dermed etter norsk rett ikke vært noen streng og absolutt avgrensning mellom de ulike nettnivåene. Nettnivåene har vært administrative formater og det har til en viss grad vært avhengig av skjønnsmessige vurderinger hva som skulle regnes til hvilket nettnivå. Nettenes administrative utstrekning har dermed vært å anse som en dynamisk størrelse<sup>221</sup>. Det er likevel ikke sikkert at denne måten å klassifisere på vil være akseptabel i forhold til direktivets bestemmelser.

## 10.2 Sentralnettet

Det norske sentralnettet har kun en operatør, Statnett. Sentralnettet er nærmere beskrevet i avsnitt 3.1. For å klassifisere sentralnettet tar jeg utgangspunkt i direktivets definisjoner, særlig definisjonen av transmisjon i direktivets artikkel 2 nr 4. Jeg bygger også på den generelle drøftelsen av begrepene transmisjon m.v. i avsnitt 6.4.3. Sentralnettet holder gjennomgående enten 320 eller 400 volt. Dette tilsvarer de høyeste

---

<sup>220</sup> Dette gjelder følgende 38 selskaper: Alta Kraftlag AL, Andøy Energi AS, Arendals Fossekompani ASA, Ballangen Energi AS, Bø og Sauherad Energi AS, Dalane energi IKS, Eidefoss AS, Elkem ASA, Bremanger Smelteverk, Etne Elektrisitetslag, Evenes Kraftforsyning AS, Gudbrandsdal Energi AS, Hemsedal Energi, Hjartdøla kraftverk, Indre Hardanger Kraftlag AS, Kvam Kraftverk AS, Kykkelsrud A/S, Luostejok Kraftlag AL, Lærdal Energi AS, Mo Industripark AS, Nord Troms Kraftlag AS, Nord-Salten Kraftlag AL, Nord-Østerdal Kraftlag AL, Nordkyn Kraftlag AL, Nordmøre Energiverk, Notodden Energi AS, Repvåg Kraftlag AL, Røros Elektrisitetsverk AS, Sognekraft AS, Stranda Energiverk AS, Suldal Elverk, Sunnfjord Energi AS, Svorka Energi AS, Titania AS, Trollfjord Kraft AS, Tyssefaldene Aktieselskapet, Vest-Telemark Kraftlag AS, Voss Energi AS og Ytre Fjordane Kraftlag AS jfr. gjennomfang av oversikt over tildelte omsetningskonsesjoner. Kilde: NVE. (01.01.04). Omsetningskonsesjonærer. [Benyttet 05.05.04]. Tilgang: [http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=6388&iMenuId=504&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Konsesjon%E6rer](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=6388&iMenuId=504&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Konsesjon%E6rer).

<sup>221</sup> Hammer (1999) side 47.

spenningsnivåene som blir benyttet ellers i Europa. Det er dermed lite tvilsomt at den krafttransport som skjer gjennom dette nettet må sies å holde "extra high-voltage and high voltage" nivå. Sentralnettet forsyner regionalnettene samt enkelte storkunder. Den transport som skjer gjennom dette nettet er dermed rettet mot "final customers or to distributors". Sentralnettet er dermed klart å regne som et transmisjonsnett og Statnett er dermed en "transmission system operator", jfr. artikkel 2 nr 4.

De to statlige selskapene som forvalter statens engasjement i kraftbransjen er å anse som vertikalt integrerte, jfr. drøftelsen i avsnitt 6.4.5.6. For transmisjonssystemoperatører har nasjonale myndigheter ingen adgang til å gjøre unntak. Man har dermed plikt til å la direktivets bestemmelser komme til anvendelse for disse selskapene. For Norges vedkommende representerer likevel dette ikke noe omfattende behov for endring eller omorganisering. Statkraft og Statnett drives allerede i dag som selvstendige selskaper og oppfyller dermed de krav som stilles til selskapsmessig og funksjonell atskillelse.

### 10.3 Regionalnettet

I regionalnettet er det en rekke operatører. Flere av selskapene som opererer regionalnettet er vertikalt integrert uten å ha skilt ut nettvirksomheten i et selvstendig selskap. Den nyeste oversikten viser at det i Norge kun er 3 nettselskaper som har mer enn 100.000 kunder.<sup>222</sup> Dersom hele regionalnettet og lokalnettet er å anse som distribusjonsnett vil myndighetene kunne gi unntak for så godt som alle norske nettselskaper, jfr. artikkel 15. Klassifiseringen av regionalnettet er dermed av stor betydning for hvilken mulighet disse selskapene har for å kunne få unntaksordninger.

Utgangspunktet for drøftelse av hvordan regionalnettet og operatørene i nettet skal klassifiseres tar jeg i direktivets definisjoner av de ulike nettnivåene. Som nevnt i

---

<sup>222</sup> Dette er Viken Energinett AS (nå Hafslund Nett AS), BKK Nett AS og Lyse Nett AS. Alle disse selskapene er vertikalt integrerte selskaper som er organisert etter konsernmodellen jfr. Fakta 2002 Energi og vassdragsvirksomheten i Norge side 80.

avsnitt 6.4.3 defineres ikke de ulike nettene direkte, men indirekte gjennom definisjonen av aktivitetene transmisjon og distribusjon i artikkel 2 nr 3 og 5.

Den første komponenten i definisjonen går på de ulike systemenes spenningsnivå. For så vidt angår regionalnettet varierer spenningen noe fra anlegg til anlegg, men spenningsnivået ligger mellom 45 og 132 kV.<sup>223</sup> Spørsmålet blir så om dette er å regne som transport på "extra high voltage", "high voltage", "medium voltage" eller "low voltage".<sup>224</sup>

Som nevnt er ingen av spenningsnivåene definert i direktivet. EU har heller ingen alminnelig definisjon på hva som regnes som høy spenning. Gjennomgående har det vist seg vanskelig å komme frem til alminnelig aksepterte definisjoner av hvilket spenningsnivå som må til før man snakker om "high voltage" eller høyspenning som er det norske begrepet. I følge definisjon fra Rådet for teknisk terminologi defineres høyspenning i Norge som spenning høyere enn 1000 V (1kV) vekselstrøm eller 1500 V (1,5kV) likestrøm.<sup>225</sup> Det uttales videre at definisjonen varierer fra land til land. I energilovforskriften har man en tilsvarende definisjon.<sup>226</sup> På NVEs hjemmesider omtales de deler av lokalnettet som har spenningsnivå på 22-11 kV som "Høyspent", mens spenningsnivå mellom 0,4-0,23 kV blir omtalt som "Lavspent".<sup>227</sup> NVE opererer dermed med andre grenser for hva de anser som høyspent enn Rådet for teknisk

---

<sup>223</sup> NVE (u.å.) Generelt om kraftsystemet. [Sitert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=5075&strYAH=%3ENVE%3E%3Cb%3EEnergi%3C%2Fb%3E%3EKraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=5075&strYAH=%3ENVE%3E%3Cb%3EEnergi%3C%2Fb%3E%3EKraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet).

<sup>224</sup> Som nevnt i avsnitt 6.4.3 faller er all transport på "extra high voltage" transmisjon, mens all transport på "medium voltage" og "low voltage" er distribusjon. Transport ved "high voltage" kan derimot være både transmisjon og distribusjon.

<sup>225</sup> Ordbok for energi RT 60 (1997) side 74-75.

<sup>226</sup> Energilovforskriften § 3-1 definerer uttrykket "elektrisk energi med høy spenning" brukt i energiloven § 3-1 til å være "anlegg med spenning over 1000 volt vekselstrøm / 1500 volt likestrøm."

<sup>227</sup> NVE. (u.å.). Generelt om kraftsystemet. [Sitert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=5075&strYAH=%3ENV%3E%3Cb%3EEnergi%3C%2Fb%3E%3EKraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=5075&strYAH=%3ENV%3E%3Cb%3EEnergi%3C%2Fb%3E%3EKraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet).

terminologi. Energifakta, informasjonstjenesten til Industribedriftenes Landsforening (EBL) har igjen en tredje klassifisering. 22 kV anses som ”høyspentfordeling”, mens 11 kV anses som ”lavspentfordeling”.<sup>228</sup> Disse ulikhetene viser at det er vanskelig å kategorisere regionalnivåets spenningsnivå. Det finnes strømnnett med både betydelig høyere og betydelig lavere spenningsnivå enn hva som er tilfelle for de nettanlegg som inngår i regionalnettet. Det er derfor på bakgrunn av dette nærliggende å anta at regionalnettets spenningsnivå må anses som enten ”high voltage” eller ”medium voltage”. Divergensen mellom de ulike definisjonene viser klart at spenningsnivå ikke er avgjørende for klassifiseringen av nettet.

Den neste komponenten i direktivets definisjoner som jeg vil drøfte er knyttet opp til funksjonalitet, hvilket mål transporten har. Ser man på regionalnettet er situasjonen den at dette nettet leverer både til sluttbrukere og til distributører (lokalnettene). Det er altså snakk om transport ”with view to its delivery to final customers or to distributors”, jfr. kraftmarkedsdirektiv artikkel 2 nr 4. Dette argumentet trekker dermed i retning av at regionalnettet må klassifiseres som et transmisjonsnett.

En annen innfallsvinkel for å forsøke å klassifisere regionalnettet er å se på de oppgaver direktivet pålegger henholdsvis transmisjonssystemoperatørene og distribusjonssystemoperatørene. Dette er også en funksjonell synsvinkel, men i motsetning til i drøftelsen ovenfor er søkelyset her på operatørens oppgaver, ikke selve transportens funksjon. TSOs oppgaver er angitt i artikkel 9, mens DSOs oppgaver er angitt i artikkel 9. Det er klare avvik med hensyn til hvilke oppgaver de enkelte pålegges.

Tabellen nedenfor viser en oversikt over hvilke arbeidsoppgaver direktivet oppstiller for transmisjonssystemoperatørene og distribusjonssystemoperatørene.<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> EBL. (u.å.). Energifakta. [Sisert 05.05.04]. Tilgang: [www.energifakta.no](http://www.energifakta.no).

<sup>229</sup> Tabellens er satt opp på basis av kraftmarkedsdirektiv II artikkel 9, 11 og 14.

	<b>TSO</b>	<b>DSO</b>
<b>Obligatoriske</b>	“ensure the long-term ability of the system”	“maintain a secure, reliable and efficient electricity distribution system in its area”
	“contributing to security of supply”	
	”managing energy flows on the system”	
	”ensuring a secure, reliable and efficient electricity system”	
	”providing to the operator of any other system with which its system is interconnected sufficient information”	
	”ensuring non discrimination as between system users..”	“not discriminate.”
	“providing system users with the information they need”	Provide system users with the information they need...”
<b>Avhengig av medlemslandets valg</b>	Dispatching and balancing <sup>230</sup>	“procure the energy they use to cover energy losses and reserve capacity...according to transparent, non-discriminatory and market based procedures, whenever they have this function”
	“be responsible for dispatching the generating installations in its area and for determining the use of interconnectors with other systems”	
		“balancing the electricity distribution system”

Tabellen viser at transmisjonssystemoperatørene skal sikre langsiktig leveringsevne, bidra til leveringssikkerhet, administrere kraftstrømmene i systemet og herunder ta hensyn til utveksling med andre tilknyttede systemer. Videre skal TSO gi andre systemoperatører (DSOer) nødvendig informasjon og sikre ikke-diskriminering av ulike systembrukere. I tillegg til disse arbeidsoppgavene kan TSO, jfr. artikkel 11, også gis oppgaven med å sikre momentan balanse i nettet.<sup>231</sup> DSOenes oppgaver går særlig på vedlikehold og drift av det enkelte anlegg. Det uttales i artikkel 14 nr 1 at DSO skal holde et sikkert, pålitelig og effektivt distribusjonssystem ”in its area” (min understrekning). I tillegg har DSO også plikt til likebehandling, samt diverse opplysningsplikter. Det følger av artikkel 14 nr 6 at DSO kan gis ansvar for å opprettholde momentan balanse i distribusjonsnettet. Drift og vedlikehold av det enkelte anlegg er sentrale oppgaver for begge typer operatører. I den svenske utredningen er

<sup>230</sup> Hvorvidt TSO skal gis ansvar for ”dispatching and balancing” er opp til det enkelte medlemsland jfr. kraftmarkedsdirektiv II artikkel 11.

<sup>231</sup> Med momentan balanse siktes det til balanse mellom innmatet kraft og kraftforbruk. Dersom innmatingen er større enn forbruket vil nettet bli overbelastet. Dersom innmatingen er for lav vil kundene ikke få tilstrekkelig kraft.

oppfatningen at definisjonen av systemansvarlig for begge nett primært gir anvisning på et rent driftsansvar for det aktuelle nett.<sup>232</sup>

De oppgaver som pålegges TSO synes å være av en noe mer overordnet karakter. Jeg tenker her særlig på ansvaret for å administrere kraftstrømmen i nettet og at TSO kan gis ansvar for momentan balanse i *hele kraftsystemet*. Dette er i større grad forpliktelser som har betydning for kraftsystemet som helhet. DSOs oppgaver er mer spesifikt rettet mot det enkelte anlegg. Selv om balansering av nettet ikke er en obligatorisk oppgave for transmisjonssystemoperatørene i henhold til direktivet, vil dette antakelig være normalløsningen i de fleste land. TSOs oppgaver synes dermed å ha visse likhetstrekk med det systemansvaret som Statnett er pålagt.<sup>233</sup> Det er ikke nærliggende å anta at det er ment at det skal være et stort antall selskaper som skal ha et slikt mer overordnet ansvar som TSOenes arbeidsoppgaver innebærer. For det norske overføringsnettet har situasjonene til nå vært at Statnett har vært i en særstilling som sentralnettoperatør og systemansvarlig. De funksjoner DSO og TSO er ment å skulle ha trekker dermed i retning av at regionalnettet er å anse som en del av distribusjonssystemet i direktivets forstand.

Selv om EU-retten er et separat rettssystem, har domstolen likevel flere ganger hentet argumenter og synspunkter fra medlemsstatenes interne rett.<sup>234</sup> Tilsvarende må også EFTA-domstolen kunne se hen til EØS-landenes rett. I følge Arnesen vil spørsmålet om å se hen til nasjonal rett avhenge av domstolens ”vurdering av om disse reglene er egnet til å løse de foreliggende problemer, samt om de er forenlige med det den anser som Romatraktatens ”ånd og prinsipper”.

---

<sup>232</sup> ”Direktivets definition av systemansvariga för dustrubyuibssystemet synes emellertid, i likhet med definitionen för systemansvariga för överföringssystemet, mer likna ett driftsansvar för de aktuella näten.” jfr. SOU 2003:113 side 108.

<sup>233</sup> Systemansvarets innhold reguleres av forskrift om systemansvaret i kraftsystemet av 7. mai 2002.

<sup>234</sup> Dette ble jfr. Arnesen (1994) side 15 særlig understreket av EF-domstolen i sak 6/64 Costa mot ENEL [1954-1964].



Det er flere land enn Norge som har tre nettnivåer. En tilsvarende situasjon har man eksempelvis også i Sverige. Her har man stamnåtet som tilsvarer vårt sentralnett hvor man har anlegg som på 400 og 220 kV. Videre har man regionnåtet som tilsvarer vårt regionalnett hvor spenningsnivået ligger mellom 40-130 kV. Til slutt har man lokalnåtet som distribuerer kraften ut til forbrukerkunder etc. Spenningsnivået ligger her på opp til ca 40 kV.<sup>235</sup> I Sverige er standpunktet at regionnåtet skal klassifiseres som distribusjonsnett. I utredningen uttales det i den anledning følgende:

En systemansvarig för distributionssystemet torde för svensk vidkommande innebära alla nätkoncessionsinnehavare på region- och lokalnåten dvs. samtliga innehavare av nätkoncession förutom Svenska kraftnät.<sup>236</sup>

Det kan også være interessant å se hen til bransjepraksis ved drøftelsen av hvorvidt regionalnettet er å anse som transmisjonsnett eller distribusjonsnett. De europeiske transmisjonssystemoperatørene er samlet i en interesseorganisasjon ved navn European Transmission System Operators (ETSO).<sup>237</sup> For å bli fullt medlem i ETSO må følgende minimumskriterier være oppfylt:

To be a legal person constituted under the laws of his country of origin;  
To be designated as a Transmission System Operator according to any Regulation or Directive in force concerning common rules for the Internal Electricity Market;  
the Transmission System Operator is solely responsible for the frequency control (primary and secondary) and for maintaining the energy interchange at the scheduled value within a given area (Control Area) which is located within the European Union or in a country that has entered into an agreement with the European Union providing that it shall comply with the applicable regulations regarding the Internal Electricity Market.<sup>238</sup> (min understrekning)

---

<sup>235</sup> Svenska kraftnät. (12.03.04). Begrepp och definitioner. [Sisert: 04.05.04]. Tilgang: <http://www.svk.se/web/IFrame.aspx?id=5455>.

<sup>236</sup> SOU 2003:113 side 108.

<sup>237</sup> "29 June 2001 ETSO became an International Association with direct membership of 32 independent TSO companies from the 15 countries of the European Union plus Norway and Switzerland. At the end of 2001 ETSO membership was enlarged to Slovenia and CENTREL countries as full and associate members respectively. The Czech Republic was admitted as full member in June 2003 and Hungary in April 2004 ." jfr. ETSO. (21.04.04.). What is ETSO?. [Sisert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.etso-net.org/association/aboutus/etso/e\\_default.asp](http://www.etso-net.org/association/aboutus/etso/e_default.asp).

I forhold til disse kriteriene er ikke operatørene i det norske regionalnettet å anse som transmisjonssystemoperatører. Dette skyldes at de ikke er ”solely responsible for the frequency control”. Dette ansvaret tilligger Statnett som systemansvarlig. Statnett er eneste norske selskap som er medlem av ETSO. Etter min vurdering kan ETSOs opptakskriterier ses på som et uttrykk for bransjepraksis. Dette argumentet trekker derfor i retning av at regionalnettet er å anse som et distribusjonsnett og dermed at regionalnettoperatørene er å anse som distribusjonssystemoperatører.

En annen sentral sammenslutning av transmisjonssystemoperatører er the Union for the Co-ordination of Transmission of Electricity (UCTE) som omfatter alle transmisjonssystemoperatørene på kontinentet.<sup>239</sup> I ”Glossary” kapitlet i UCTEs Operation Handbook<sup>240</sup> defineres transmisjon som krafttransport ved høy/ekstra høy spenning ”for delivery to final customers or distributors”. Det fremholdes videre i definisjonen at:

Operation of TRANSMISSION includes as well the tasks of system operating concerning the management of energy flows, reliability of the system and availability of all necessary system services.

I følge UCTE er en transmisjonssystemoperatør et selskap som er ”responsible for operating, maintaining and developing the transmission system” innenfor et gitt område og dessuten ansvarlig for forbindelsen til andre tiliggende TSOers område. Et slikt område er i følge definisjonen “usually coincident with the territory of a company, a country or a geographical area”.

---

<sup>238</sup> ETSO. (07.04.04). Membership : categories. [Sisert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.etsonet.org/association/membership/categories/e\\_default.asp](http://www.etsonet.org/association/membership/categories/e_default.asp).

<sup>239</sup> Organisasjonen består av 34 transmisjonssystemoperatører fra 23 land jfr. UCTE. (08.12.03). Members. [Sisert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.ucte.org/aboutus/members/e\\_default.asp](http://www.ucte.org/aboutus/members/e_default.asp).

<sup>240</sup> The UCTE Operation Handbook Final Draft versjon 2.0 er en oppfølgende samling av UCTEs tekniske standarder og anbefalinger jfr. UCTE. (03.02.04). Operation Handbook – introduction. [Sisert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.ucte.org/ohb/e\\_default.asp](http://www.ucte.org/ohb/e_default.asp).

Både de funksjoner som etter disse definisjonene tilligger TSO, angivelsen av det typiske geografiske området for en TSO samt ansvaret for forbindelseslinjer, taler for at regionalnettet i utgangspunktet ikke er å anse som et transmisjonsnett og at operatørene i regionalnettet skulle være transmisjonssystemoperatører.

Bakgrunnen for at man har unntaksregler for små distribusjonsnettselskaper er å unngå å innføre en "disproportionate financial and administrative burden on small distribution companies".<sup>241</sup> Tilsvarende hensyn kan også gjøre seg gjeldende for de selskaper som opererer regionalnettet. Også her finnes det mange små selskaper hvor unntak kunne vært en hensiktsmessig løsning. Proporsjonalitetsbetraktninger står generelt sterkt i EØS- og EU-retten. Man snakker gjerne om et generelt forholdsmessighetsprinsipp.<sup>242</sup> I meddelelse fra kommisjonen til rådet forut for vedtakelsen av det nye kraftmarkedsdirektivet finner man følgende uttalelse: "However, Member States may decide to introduce a *de minimis* threshold, because it might not be proportional to impose this unbundling obligation on small local distribution companies."<sup>243</sup> I og med at det i Norge finnes så mange små selskaper som er operatør av regionalnett kan proporsjonalitetsbetraktninger og reelle hensyn anføres som argument for at disse selskapene er å anse som distribusjonssystemoperatører, slik at de kan omfattes av direktivets unntaksbestemmelser.

Klassifiseringsspørsmålet har for Norges vedkommende ikke vært behandlet dyptgående i juridisk litteratur. Martinsen m.fl. har i Lov og Rett tatt til orde for at regionalnettet er å anse som et distribusjonsnett.<sup>244</sup> Begrunnelsen for dette synspunktet er at Statnett som systemansvarlig står i en særstilling og dermed er den eneste som kan regnes som transmisjonssystemoperatør.

---

<sup>241</sup> Kraftmarkedsdirektiv II, fortalet pkt 11.

<sup>242</sup> Se særlig EØS-rett (2004) side 68 om forholdsmessighetsprinsippet i EU og side 102 hvor det blant annet uttales at "De ulovfestede *forvaltningsprinsippene* som EF-domstolen har oppstilt i EU-retten må imidlertid som hovedregel antas å gjelde også ved forvaltningen av EØS-retten".

<sup>243</sup> COM (2001) 125 side 36.

<sup>244</sup> Martinsen (2003) side 595.

I lys av ovenstående finner jeg at konklusjonen må bli at operatørene i regionalnettet er å anse som distribusjonssystemoperatører. Selv om definisjonene av henholdsvis distribusjonssystemoperatør og transmisjonssystemoperatør i utgangspunktet åpner for begge løsninger finner jeg å legge avgjørende vekt på de særlige funksjoner som gjennomgående synes å tilligge transmisjonssystemoperatørene.

I og med at regionalnettet dermed er å anse som en form for distribusjonsnett vil norske myndigheter ha adgang til å gi unntak fra direktivets krav for selskap som opererer regionalnett.

#### 10.4 Lokalnettet

Spenningsnivået i lokalnettet i Norge varierer noe, men ligger gjennomgående på et nivå opp til og med 22 kV. Sett i forholdt til de spenningsnivå som benyttes i sentralnettet må dette anses som et relativt lavt spenningsnivå. Det er videre klart at denne transporten kun har ”delivery to customers”<sup>245</sup> som mål. Nettnivået er det laveste vi har og nettet går primært til forbrukere og andre sluttbrukere. Dette nettet er dermed klart å regne som et distribusjonsnett og operatørene er å regne som distribusjonssystemoperatører.

For de selskapene som kun opererer lokalnett, og som ikke har mer enn 100.000 kunder er dermed ikke staten forpliktet til å la direktivets bestemmelser komme til anvendelse jfr. unntaksbestemmelsen i kraftmarkedsdirektiv II artikkel 15 i.f. De signaler som har kommet fra departementet tyder på at man ønsker å benytte unntaksadgangen i alle fall i en viss utstrekning.

---

<sup>245</sup> Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 2 nr 5.

## 11 Gjennomføring av direktivet i norsk rett

### 11.1 Innledning

Spørsmålet om *hvordan* direktivets bestemmelser skal gjennomføres i norsk rett etter en innføring i EØS-avtalen er en problemstilling som det for tiden arbeides med i Olje- og energidepartementet.<sup>246</sup> Det er foreløpig ikke truffet noen endelige valg, men departementets holdning p.t. er at ”(e)tter en gjennomgang av direktivet synes det ikke å være behov for omfattende endringer av norsk rett på lovs nivå.”<sup>247</sup> I dette kapittelet vil jeg drøfte og gi min vurdering av dette spørsmålet. Jeg vil i avsnitt 11.2 og 11.3 gi en kort presentasjon om de generelle krav som stilles til å ta inn nye rettsakter i EØS og også om plikten til å gjennomføre EØS-retten i norsk rett.<sup>248</sup>

Dersom man ikke ønsker å foreta lovendring, er alternativene enten å gi nye bestemmelser ved forskrift eller å videreføre dagens praksis hvor de krav som stilles til nettselskapet oppstilles som konsesjonsvilkår og betingelser for å bli tildelt omsetningskonsesjon.

### 11.2 Generelt om plikten til å ta inn nye rettsakter i EØS-avtalen

EØS-avtalen er ved lov av 27. november 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) gjort til norsk lov. EØS-avtalen må forstås dit hen at EØS-landene løpende pålegges å endre avtalen i tråd med den rettslige utvikling som skjer innen EU. Denne plikten til å ajourføre avtalen og ta inn nye rettsakter i protokollene følger av EØS-avtalens artikkel 102. Det er derimot ikke enhver ny rettsakt fra EU som vil medføre plikt til å foreta endringer. EØS-avtalens saklige område er mindre omfattende enn EU-retten, og det er kun nye rettsakter som gjelder områder som dekkes av EØS-avtalen som EØS-landene må forholde seg til. Kraftmarkedsdirektiv II faller klart

---

<sup>246</sup> Jfr. rammenotat av 14.04.04 hvor det uttales at ”De rettslige konsekvenser av en implementering er gjenstand for vurdering i departementet”.

<sup>247</sup> Rammenotat fra OED av 14.04.04 side 2.

<sup>248</sup> Disse temaene er inngående behandlet i EØS-rett (2004) avsnitt 7.3 (nye rettsakter i EØS-retten) og kapittel 8 (Gjennomføringen av EØS-retten i norsk rett).

innenfor EØS-avtalens område<sup>249</sup>. Direktivet har bestemmelser som er gitt for å fremme fri flyt av varer og kapital og opprettelse av et felles marked som er sentrale element i EØS-avtalen.<sup>250</sup> Det nye kraftmarkedsdirektivet er dermed en rettsakt som EØS-landene i utgangspunktet har plikt til å ta inn i EØS-avtalen.

Etter artikkel 102 er det EØS-komiteen som fatter vedtak om å ta inn nye rettsakter i EØS-avtalen. EØS-komiteen består av representanter fra både EU og EØS-landene. Vedtak om å ta inn en ny rettsakt må fattes ved enstemmighet jfr. artikkel 93. Etter Grunnloven § 26 annet ledd skal traktater av "særlig Viktighed" godkjennes av Stortinget. På grunn av denne regelen inneholder EØS-avtalen en bestemmelse i artikkel 103 som i realiteten gir Stortinget en vetorett overfor nye rettsakter. Dersom det skulle oppstå konflikt mellom Norge og EU om gjennomføring av en rettsakt er det gitt bestemmelser om hvordan en slik konflikt skal løses i EØS-avtalens artikkel 102 annet ledd-(6).

Slik systemet er utformet, vil nye rettsakter bli behandlet i EØS-komiteen noe tid etter at den er vedtatt i EU. Målet er likevel at EØS-komiteen skal treffe sin beslutning "så nær som mulig i tid etter at Fellesskapet har vedtatt tilsvarende nytt regelverk, med sikte på å gjøre det mulig med samtidig iverksettelse av det nye fellesskapsregelverk og endringene i vedleggene til denne avtale", jfr. artikkel 102. Det er likevel adgang til å avtale særlige iverksettelsesfrister og tilpasninger.

### 11.3 Generelt om plikten til gjennomføring i nasjonal rett

Hovedregelen om hvordan direktiver skal gjennomføres av EØS-landene følger av EØS-avtalens artikkel 7. Utgangspunktet er at det er opp til det enkelte lands myndigheter "å bestemme formen og midlene for gjennomføringen". Etter ordlyden vil enhver form for gjennomføring være akseptabel så lenge den rent faktisk medfører at

---

<sup>249</sup> Jfr. OED. (u.å.). Vedtatte direktiver/forordninger i EU for vurdering i EØS. [Sisert: 20.07.04]. Tilgang: <http://odin.dep.no/oed/norsk/europa/026001-130003/dok-bn.html>, hvor det uttales at "Direktivet er hjemlet i art.95 (det indre marked) og dermed EØS-relevant."

<sup>250</sup> Jfr. EØS-avtalens del III.

bestemmelsene blir gjennomført. Norske myndigheter står likevel ikke helt fritt med hensyn til hvordan de vil behandle bestemmelsene i det nye direktivet. EØS-avtalen og de nye direktivene er av karakter folkerettslige forpliktelser som Norge har påtatt seg. I folkeretten gjelder det et alminnelig krav om at traktater skal gjennomføres lojalt i nasjonal rett dersom det er nødvendig for å sikre at reglene etterleves.<sup>251</sup> I denne lojalitetsplikten ligger det en forpliktelse til å innrette sin interne rett etter de folkerettslige forpliktelser man har påtatt seg. EØS-avtalen inneholder dessuten særlige lojalitetsforpliktelser i artikkel 3. Det heter i EØS-avtalens artikkel 3 at EØS-landene skal treffe de tiltak som ”er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.” I det at fremgangsmåten skal være *egnet* ligger, slik jeg ser det, at den fremgangsmåte som velges må ha i seg potensialet til å skape en rettslig situasjon hvor direktivets bestemmelser blir reelle og effektive slik at intensjonen bak reglene virkeliggjøres.

Spørsmålet om hvilke krav som stilles med hensyn til gjennomføring av direktiver i landenes interne rett har vært oppe i flere saker som EF-domstolen har behandlet. En sentral avgjørelse som det er vist til i senere avgjørelser er Kommisjonen mot Tyskland av 1991 hvor EF-domstolen uttalte at:

the transposition of a directive into domestic law does not necessarily require that its provisions be incorporated formally and verbatim in express, specific legislation; a general legal context may, depending on the content of the directive, be adequate for the purpose, provided that it does indeed guarantee the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner so that, where the directive is intended to create rights for individuals, the persons concerned can ascertain the full extent of their rights and, where appropriate, rely on them before the national courts.<sup>252</sup>

Uttalelsen viser at inkorporeringen ikke nødvendigvis må gjøres ved ny lovgivning og at også andre gjennomføringsskritt kan aksepteres.

---

<sup>251</sup> EØS-rett (2004) side 185.

<sup>252</sup> EF-domstolen sak C-361/88 Kommisjonen vs. Tyskland, avsnitt 15.

EF- og EØS-retten opererer med et såkalt rettssikkerhetsprinsipp. Prinsippet er utformet gjennom EF-domstolens rettspraksis og anses som en allmenn rettsgrunnsetning. Prinsippet utfyller de tradisjonelle krav som må være oppfylt for at en restriksjon på den frie bevegelse skal være lovlig. Det sentrale poeng i rettssikkerhetsprinsippet er at borgerne skal kunne forutberegne sine plikter og rettigheter stilt ovenfor slike lovlige restriksjoner som direktivets krav utgjør. Prinsippet kom blant annet klart til uttrykk i saken om Scientologikirkens investeringsfond hvor domstolen uttalte at:

”En sådan ubestemthed giver ikke borgerne mulighed for at kende omfanget af deres rettigheder og pligter i henhold til traktatens artikel 73 B. Under disse omstændigheder er de indførte bestemmelser i strid med rettssikkerhedsprincippet.”<sup>253</sup>

Dette prinsippet gjelder blant annet ved gjennomføring av direktiver og forordninger.<sup>254</sup> Ved gjennomføring av direktivets krav må derfor norske myndigheter ta hensyn til at rettssikkerhetsprinsippet oppstiller krav om forutberegnelighet.

Oppsummeringsvis ser en altså at den norske gjennomføringen må ivareta hensyn til klarhet, tilgjengelighet og forutberegnelighet.

#### 11.4 Legalitetsprinsippet og Grunnloven § 97

Legalitetsprinsippet og Grunnloven § 97 får også betydning når myndighetene skal innføre nye bestemmelser.

I tråd med legalitetsprinsippet slik dette utlegges hos Eckhoff & Smith trengs det kompetanse i en eller annen form for å vedta noe med bindende virkning for andre.<sup>255</sup> De krav som direktivet gir anvisning på og som norske myndigheter skal gjennomføre er normeringer og trenger derfor hjemmel. Dersom ikke andre hjemmelsgrunnlag strekker til må myndighetene skaffe seg hjemmel i lov.

---

<sup>253</sup> EF-domstolen sak C-44/99, avsnitt 22.

<sup>254</sup> EF-domstolen sak C-313/99, Muligan.

<sup>255</sup> Eckhoff & Smith (1998) side 238. Legalitetsprinsippet er behandlet hos Eckhoff & Smith (1998) på



Grunnloven § 97 setter forbud mot at lover gis tilbakevirkende kraft. Forbudet gjelder generelt for all form for lovgivningsvirksomhet, herunder også for forskrifter gitt i kraft av delegasjon.<sup>256</sup> Grunnloven § 97 har på sett og vis to sider. For det første er den et hinder mot at det knyttes *nye* byrder til *eldre* handlinger. Dessuten kan Grunnloven § 97 ses på som et pålegg til lovgiver om å respektere tidligere stiftede rettigheter.<sup>257</sup> Fleischer omtaler de to aspektene ved Grunnloven § 97 som *egentlig og uegentlig tilbakevirkning*.<sup>258</sup> Grunnlovens forbud mot tilbakevirkning er med å sette yttergrensene for hvilke inngrep som kan gjøres i konsesjonærenes rettstilstand.<sup>259</sup> Innføring av nye krav som konsesjonærene må oppfylle er inngrep i etablerte rettsforhold og er dermed en form for *uegentlig tilbakevirkning*, jfr. Fleischers terminologi.

Det kan nevnes at en omsetningskonsesjon kan ses på som utelukkende et unntak fra det generelle forbudet mot å stå for omsetning av kraft jfr. energiloven § 4-1. Etter gitt omsetningskonsesjon er situasjonen den at energiloven ikke lenger forbyr slik virksomhet. Men omsetningskonsesjon gir i og for seg ikke en positiv rett til å utøve kraftomsetning eller nettvirksomhet.<sup>260</sup> Konsesjonsvilkårene som er satt er betingelser som må være oppfylt for at det generelle forbudet ikke skal gjelde. Dette forhindrer likevel ikke at Grunnloven § 97 kan gi en viss beskyttelse mot nye lover som forbyr eller vanskeliggjør utøvelse av den tidligere virksomheten.<sup>261</sup>

Grunnlovens vern mot inngrep i bestående rettigheter er begrenset. Utgangspunktet er jfr. grunnloven §§ 49 og 75 at lovgiver har betydelig frihet.<sup>262</sup> Grunnloven § 97 er

---

side 235 flg.

<sup>256</sup> Andenæs (2004) side 375.

<sup>257</sup> Overgangen mellom disse to aspektene ved Grunnloven § 97 er glidende. En rettighet er typisk stiftet ved en tidligere handling. Et inngrep i en rettighet kan dermed også ses på som en byrde som knyttes til eldre handlinger. Se nærmere Andenæs (2004) side 376.

<sup>258</sup> Fleischer (1975) side 190 flg.

<sup>259</sup> Ved grunnlovsendring kan man riktignok sette Grunnloven § 97 direkte eller indirekte til side.

<sup>260</sup> Slik Fleischer (1975) side 232. I motsatt retning Andenæs (2004) side 396 flg.

<sup>261</sup> Fleischer (1975) side 232.

<sup>262</sup> Slik Fleischer (1975) side 220.

dermed kun en skranke i særlige unntakstilfeller. For at nye lovgivningstiltak skal stride mot grunnloven § 97 er kriteriet, slik dette er utformet gjennom rettspraksis, at det må være et *klart urimelig eller urettferdig* inngrep i bestående rettigheter.<sup>263</sup> Hvorvidt dette er tilfelle beror på en totalvurdering hvor det vil spille inn i hvilken grad man har innrettet seg etter den tidligere rettstilstand. Andre momenter vil blant annet være endringens økonomiske konsekvenser og hvilket rettsområde det er snakk om å gripe inn i.<sup>264</sup>

At man har fått tildelt konsesjon med visse gitte vilkår vil være et sentralt moment i en slik totalvurdering. ”Innrettelseshensynet vil være særlig sterkt i favør av den som har fått en spesifisert konsesjon, og det vil telle tilsvarende sterkt i helhetsvurderingen.”<sup>265</sup>

Det er viktig å presisere at det ikke er snakk om å *forby* nettoperatører å utøve sin virksomhet. Derimot vil innføring av direktivets krav kunne innebære visse endringer av rammebetingelsene og krav om omstrukturering av selskapene.

Andenæs uttaler at nye bestemmelser som kan ses på som en generell regulering av selve virksomheten, ”f.eks. om kontroll, sikkerhet og miljøvern” vil ”kunne anvendes også overfor eldre konsesjonshavere”.<sup>266</sup> Slik jeg ser det har de nye kravene fra direktivet karakter av å være nettopp et ytterligere element i slik generell regulering. Det fremholdes videre at ”(o)m staten har gitt konsesjon på utøvelsen av en virksomhet, har den ikke derved gitt avkall på sin alminnelige myndighet til å regulere utøvelsen av næringsvirksomhet.”<sup>267</sup>

---

<sup>263</sup> Se særlig Rt. 1996 side 1415, Rt 1996 side 1440.

<sup>264</sup> At rettsområdet har betydning for hvilket vern Grunnloven § 97 oppstiller fremgår blant annet av Rt 1976 side 1 (Kløftadommen) og tilsvarende Rt 1996 side 1415.

<sup>265</sup> Fleischer (1975) side 226.

<sup>266</sup> Andenæs (2004) side 397.

<sup>267</sup> L.c.

Når det gjelder den innretning som er gjort vil det naturligvis variere fra selskap til selskap hvilke investeringer som er foretatt i tillit til dagens rammebetingelser. Generelt må investeringene likevel kunne antas å være betydelige, da nettdrift krever mye av anlegg og utstyr for å kunne utøves. Et annet forhold som det også er naturlig å trekke inn er at konsesjonærene, på grunn av endringsklausuler i konsesjonene og dessuten på grunn av energilovens bestemmelser, må sies å være kjent med at konsesjonene og de eksisterende rammevilkår ikke er statiske størrelser.

Når det gjelder konsekvensene av inngrepene, som vil være et vesentlig element i totalvurderingen, er det de økonomiske konsekvensene som er det sentrale. Det er her snakk om inngrep i næringsrettigheter/økonomiske rettigheter og Fleischer uttaler i den anledning at "(i) den utstrekning § 97 beskytter økonomiske rettigheter, vil den ikke få betydning dersom opphevelsen av vedkommende rett ikke får økonomiske konsekvenser for rettighetshaveren."<sup>268</sup> De økonomiske konsekvensene av de nye kravene vil variere alt etter selskapets størrelse, men i den svenske utredningen anslås merkostnadene ved de nye kravene som liten sett "i förhållande til omsättning och rörelsekostnader hos berörda företag".<sup>269</sup>

Konklusjonen må dermed være at Grunnloven § 97 i utgangspunktet ikke kan anses som noen sperre mot å innføre de funksjonelle og selskapsmessige atskillelseskravene enten ved lov, forskrift eller ytterligere konsesjonsvilkår. Det eneste tilfellet hvor det kunne tenkes at inngrepene ville anses som så omfattende at de kunne være i strid med Grunnloven § 97, var hvis myndighetene valgte å ikke benytte seg av unntaksreglene overhodet. For de aller minste av de nåværende omsetningskonsesjonærene ville disse kravene da muligens kunne anses som en urimelig tilbakevirkning.

---

<sup>268</sup> Fleischer (1975) side 185.

<sup>269</sup> SOU 2003:113 side 166.

### 11.5 Gjennomføring ved nye forskriftsbestemmelser

Nye forskriftsbestemmelser vil kunne fastsette generelle krav til nettselskapers adferd og organisering og eventuelle gi anvisning på ytterligere konsesjonsvilkår og betingelser for å bli tildelt omsetningskonsesjon.

Det er på det rene at gjennomføring av direktivets atskillelseskrav ved vedtakelse av nye forskriftsbestemmelser i utgangspunktet vil kunne tilfredsstille de gjennomføringskrav som jeg har gjennomgått ovenfor i avsnitt 11.3.

Problemstillingen blir dermed hvorvidt dagens forskriftshjemler i energiloven er tilstrekkelig grunnlag for å kunne gi slike forskrifter.

I energiloven § 4-1 annet ledd listes det opp en rekke forhold som det kan gis ”nærmere forskrifter og fastsettes vilkår om” i forbindelse med tildeling av omsetningskonsesjon. Slik jeg ser det, setter denne katalogen grenser for hvilke forskriftsbestemmelser som kan vedtas. Adgangen til å sette ytterligere vilkår i § 4-1 tredje ledd ”dersom det finnes påkrevet av hensyn til allmenne interesser” gjelder bare for ytterligere konsesjonsvilkår. Dette må være riktig når man leser annet og tredje ledd i sammenheng.

Spørsmålet blir så om direktivets atskillelseskrav faller inn under noen av alternativene som er nevnt i katalogen i energiloven § 4-1 annet ledd. Det mest nærliggende alternativet her er adgangen til å gi forskrifter om ”den interne organisering”. Kravet om at et vertikalt integrert selskap må skille ut nettvirksomheten i et eget selskap kan etter en naturlig språklig forståelse ses som et forhold som angår selskapets interne organisering. At selskapet kun kan utøve en type virksomhet, er etter min oppfatning et organisatorisk krav. Etter at en slik utskilling er foretatt kan jeg vanskelig se at reglene om forholdet mellom disse selskapene, herunder hvilken adgang morselskapet kan ha til å instruere nettselskapet, kan ses på som et forhold som har å gjøre med nettselskapets interne organisering. Slik jeg ser det, vil det her være snakk om å fastsette bestemmelser som også har sider mot de andre selskapene i konsernet, og de kan dermed ikke anses som interne.

Videre kan det diskuteres om kravet om at nettoperatøren må etablere et overvåknings- og oppfølgingsprogram kan ses på som et forhold som faller inn under alternativet om den interne organisering. På sett og vis kan dette programmet ses på som et organisatorisk system for internkontroll. Energiloven § 4-1 annet ledd nr 1 gir etter min oppfatning ikke bare hjemmel til å kunne fastsette nye materielle bestemmelser om organisering, men også hjemmel til å vedta regler om kontroll og overvåkning av selskapets organisering og adferd.

I tillegg til adgangen til å gi forskrifter etter § 4-1 inneholder energiloven en generell forskriftsbestemmelse i § 7-6. Det uttales her at "(d)epartementet kan gi de forskrifter som er nødvendig for ivaretagelse av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen."<sup>270</sup> Etter en naturlig språklig forståelse forstår jeg med dette EØS-avtalen slik den til enhver tid måtte være. At EØS-avtalen er en dynamisk størrelse må anses som et kjent forhold for lovkonsepistene. Det kan likevel anføres at bestemmelsen innebærer en ikke ubetydelig overføring av myndighet fra Stortinget til forvaltningen. Legger en til grunn at det i bestemmelsen siktes til EØS-avtalen slik den til enhver tid måtte være, har man her i realiteten hjemmel til å innføre alle rettsakter innenfor lovens virkeområde som er tatt inn i EØS-avtalen, så lenge ikke forskriftsbestemmelsene ville stride mot energilovens egne bestemmelser eller andre lovbestemmelser. I følge EØS-loven § 2 vil bestemmelser i forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser gå foran "senere lov". Jeg forstår dette slik at forskriftsbestemmelser derimot ikke vil gå foran *eldre* lov. Selv om det kan reises innvendinger mot at mye av samfunnets regelproduksjon overføres til forvaltningen, er dette en nødvendig og bevist valgt fremgangsmåte. Min konklusjon blir dermed at uttrykket i energiloven § 7-6 må forstås som EØS-avtalen slik den til enhver tid er. Slik jeg ser det, er det ingen ting i de nye atskillelseskravene som kan sies å stå i direkte motstrid til energilovens øvrige bestemmelser. Dette vil dermed ikke sette noen skranke for hvilke forskriftsbestemmelser som kan vedtas.

---

<sup>270</sup> Energiloven § 7-6 annet ledd.

Endelig oppstår det et spørsmål om hvilken rettsbeskyttelse allerede tildelte konsesjoner har i forhold til nye forskriftsbestemmelser. Jeg tenker ikke her på forholdet til Grunnloven § 97, men i hvilken grad energilovens bestemmelser gir hjemmel til å la nye forskrifter gjelde også for allerede tildelte konsesjoner. Det følger av energiloven § 4-1 annet ledd at det kan gis forskrifter "(f)or konsesjoner etter første ledd", det vil si omsetningskonsesjoner. Loven uttaler ikke at dette bare kan gjøres for ennå ikke tildelte konsesjoner. Utgangspunktet må dermed være at det kan gis forskrifter etter § 4-1 annet ledd med regler som også får betydning for allerede tildelte konsesjoner.

Dette er også det generelle forvaltningsrettslige utgangspunktet. Eckhoff & Smith uttaler at "(e)n konsesjonshaver må som regel finne seg i at det ved lov, eller i medhold av lov, gis nye regler som f.eks. pålegger ham nye plikter, begrenser hans handlefrihet, stiller strengere kvalifikasjonskrav eller utvider adgangen til tilbakekallelse" (min understrekning).<sup>271</sup> At konsesjonshaver ikke er beskyttet av ny lovgivning trenger ikke komme eksplisitt til uttrykk i loven, det må "som hovedregel gjelde hvor ikke noe er sagt om det i vedkommende lov."<sup>272</sup>

## 11.6 Gjennomføring ved nye konsesjonsvilkår?

### 11.6.1 Ytterligere konsesjonsvilkår ved nye konsesjonstildelinger

I dag stilles de organisatoriske krav som oppstilles til nettselskapene delvis som uskrevne betingelser for i det hele tatt å få konsesjon og dels som uttrykkelige konsesjonsvilkår.<sup>273</sup> I forbindelse med innføringen av kraftmarkedsdirektiv I ble det fra norske myndigheters side ikke gjort annet enn å konstatere at reguleringen av norsk kraftsektor var i overensstemmelse med direktivets bestemmelser.

Omsetningskonsesjon er ikke noe som blir pålagt selskapene. Dette er noe de søker om å få og gjerne vil ha. Konsesjonsvilkårene kommer i en noe tilsvarende stilling.

---

<sup>271</sup> Eckhoff & Smith (1998) side 350.

<sup>272</sup> Eckhoff & Smith (1998) side 350-351.

<sup>273</sup> Se pkt 3.6 og Støle (2001) side 19 flg.

Vilkårene aksepteres mer eller mindre frivillig for å få tildelt konsesjonen. Forpliktelser man har påtatt seg i form av konsesjonsvilkår er dermed ikke ordinære pålegg fra myndighetene og trenger dermed i utgangspunktet *ikke* hjemmel i lov.<sup>274</sup> De som ønsker konsesjon står fritt til å vurdere om de vil søke konsesjon med de vilkår som er satt. Denne valgfriheten er likevel ikke alltid reell. Ved utløp av eksisterende konsesjoner sitter for eksempel nettselskapene med betydelige anlegg og driftsmidler som ikke kan brukes til annet enn nettvirksomhet. Nettselskapet er derfor mer eller mindre nødt til å skaffe seg en ny konsesjon for å kunne tjene penger og unngå tap. På bakgrunn av denne type betraktninger og tanken om at myndighetene ikke skal kunne bruke begunstigende forvaltningsvedtak som et pressmiddel for å oppnå urimelige fordeler, er det gjennom rettspraksis utviklet en lære om hvilke vilkår som kan stilles. Denne såkalte *vilkårslæren* formuleres ofte slik at vilkår ved begunstigende forvaltningsvedtak må ha rimelig og saklig sammenheng med vedtaket og ikke være uforholdsmessig eller urimelig tyngende.<sup>275</sup>

Adgangen til å sette vilkår ved begunstigende vedtak er i enkelte tilfeller regulert i den lov eller forskrift som hjemler vedtakskompetansen. Dette er tilfelle i energiloven § 4-1, som angir i hvilke tilfeller og om hvilke forhold det kan settes vilkår ved tildeling av omsetningskonsesjon. Når loven nevner hvilke forhold det kan settes vilkår om, må dette forstås som et signal om hvor grensene for lovlige vilkår går. Generelt kan det dermed bare settes vilkår som kan henføres under et av alternativene i katalogen i energiloven § 4-1 annet ledd. Dersom det skal fastsettes ”ytterligere vilkår” utover dette må det være ”påkrevet av hensyn til allmenne interesser” jfr. tredje ledd.

Som nevnt ovenfor vil de fleste av de krav som atskillelsesreglene innebærer kunne karakteriseres som forhold som har med konsesjonærens interne organisering å gjøre. Dette kan det dermed settes vilkår om jfr. energiloven § 4-1 annet ledd nr 1.

---

<sup>274</sup> Boe (1992) side 722.

<sup>275</sup> Boe (1992) side 724.

For de krav som derimot *ikke* kan anses som forhold som har å gjøre med nettselskapets interne organisering er denne bestemmelsen ikke anvendelig. De nye atskillelseskravene er gitt for å fremme økt konkurranse. Dette er et formål som er ment å skulle tjene både forbrukerne og profesjonelle aktører. De ytterligere kravene vil dermed kunne innføres med hjemmel i energiloven § 4-1 tredje ledd hvor det uttales at ytterligere vilkår kan settes ”dersom det finnes påkrevet av hensyn til allmenne interesser.” De særlige krav som i dag stilles til nettselskap i konsern er hjemlet i denne bestemmelsen.

Selv om det i forhold til legalitetsprinsippet er tilstrekkelige hjemler i energiloven til å sette disse nye og mer omfattende konsesjonsvilkårene ved tildeling av nye konsesjoner, kan det likevel stilles spørsmål ved om denne fremgangsmåten er forenelig med de krav til gjennomføring, som jfr. avsnitt 11.3 kan utledes av EØS-retten og som dermed også er en del av norsk rett. Slik jeg ser det, kan det med styrke anføres at en slik gjennomføring, hvor direktivets krav utelukkende ville ligge som en kombinasjon av betingelser og konsesjonsvilkår, vanskelig kan sies å tilfredsstille kravene om tilgjengelighet og forutberegnelighet.

#### 11.6.2 Endringer/tillegg i konsesjonsvilkår for gitte konsesjoner

Konsesjonsvilkår må i utgangspunktet stilles ved konsesjonstildeling. Dersom forvaltningen ønsker å stille *ytterligere* vilkår i ettertid avhenger dette av at det er vedtatt adgang til å foreta en slik endring.

Alle omsetningskonsesjonene inneholder følgende standardvilkår:<sup>276</sup>

#### **Endring i vilkår**

1. I særlige tilfelle kan de fastsatte vilkår endres av hensyn til allmenne interesser.

---

<sup>276</sup> I omsetningskonsesjonstypen ”nett/produsent”: vilkår 4, ”ren omsetter”: vilkår nr 5, ”kommune”: vilkår nr 4, ”forenklede vilkår”: vilkår nr 5, ”nettselskap i konsern”: vilkår nr 4, ”utenlandsk foretak”: vilkår nr 7.



2. Ved sammenslåinger, kjøp/oppkjøp, annen ervervelse eller etablering hvor både nettvirksomhet og konkurranseutsatt virksomhet er involvert, kan konsesjonæren pålegges ytterligere vilkår om virksomhetens organisasjon, herunder krav om oppdeling i selvstendige juridiske enheter.
3. Det kan stilles ytterligere vilkår om virksomhetens organisasjon når dette skulle bli påkrevet av hensyn til Norges folkerettslige forpliktelser.

Det er særlig vilkårets tredje punkt som er interessant. Denne bestemmelsen gir hjemmel til å sette nye vilkår dersom dette er nødvendig på grunn av folkerettslige forpliktelser. Det er nettopp dette som er situasjonen her hvor det er snakk om å gjennomføre et nytt EU-direktiv.

Endringsvilkåret trekker opp rammen for hva man på bakgrunn av Norges folkerettslige forpliktelser kan sette nye konsesjonsvilkår om. Også her heter det at det kan gis ytterligere vilkår om ”virksomhetens organisasjon”.

Som nevnt i drøftelsene ovenfor kan kravet om innføring av overvåknings- og oppfølgingsprogram og kravet om utskilling av nettvirksomheten i en selvstendig rettslig enhet ses på som forhold som angår virksomhetens organisasjon. At dette må være tilfelle her ser en også av hvordan begrepet ”virksomhetens organisasjon” benyttes i konsesjonsvilkårets pkt 2, hvor begrepet etter punktets egen definisjon også omfatter det å måtte oppdele virksomheten i flere selvstendige juridiske enheter.

Også i forhold til dette konsesjonsvilkåret kan det argumenteres for at bestemmelsene om forholdet mellom morselskap og nettselskap ikke kan sies å være forhold som utelukkende angår nettselskapets organisasjon.

Når det gjelder de krav som oppstilles om forutberegnelighet og tilgjengelighet kan det også her reises spørsmål ved om gjennomføring ved innføring av nye konsesjonsvilkår tilfredsstiller EØS-rettens krav.

### 11.7 Konklusjon

Gjennomgangen av de ulike gjennomføringsmulighetene viser at de nødvendige endringer i alle fall kan gjennomføres ved lovendring. I stor utstrekning kan kravene også gjennomføres ved å vedta nye forskriftsbestemmelser, men det kan argumenteres for at man bør skaffe seg et noe bedre hjemmelsgrunnlag i energiloven dersom man ønsker å gi bestemmelser som i særlig grad angår morselskapets myndighet og kompetanse. Dersom man kun velger å gjennomføre direktivet ved å sette ytterligere konsesjonsvilkår ved nye tildelinger og samtidig foreta endringer i foreliggende konsesjoner vil dette, etter min oppfatning, være betenkelig i forhold til EØS-rettens krav til gjennomføring av nye rettsakter. Min konklusjon er dermed at direktivet bare i noen grad vil medføre behov for endringer på formell lovs nivå.

## 12 Avslutning

### 12.1 Konsekvenser for norske kraftselskaper

Gjennomgangen av de nye atskillelsesreglene i kraftmarkedsdirektiv II viser at det vil være behov for enkelte endringer i norsk rett. Dels vil det, slik jeg ser det, være snakk om materielle endringer, og dels endring av på hvilket rettslig grunnlag kravene til nettselskapene oppstilles.<sup>277</sup> Hvorvidt vertikal integrasjon foreligger samt antall nettkunder vil være avgjørende for hvilke krav som må stilles.

Når det gjelder de faktiske konsekvensene for norske kraftselskaper, er de selskaper som har flere enn 100.000 tilknyttede kunder, og som dermed omfattes av direktivets virkeområde, allerede organisert i konsernstrukturer. Man har her allerede et

---

<sup>277</sup> Jfr. drøftelsene i kapittel 12.

tilstrekkelig selskapsmessig skille mellom nettvirksomhet og produksjons-/omsetningsvirksomhet.<sup>278</sup>

Disse selskapene har omsetningskonsesjon av typen ”nettselskap i konsern”. Denne typen omsetningskonsesjon har de konsesjonsvilkårene som går lengst i å kreve skille mellom nettvirksomhet og produksjon/omsetning. For selskaper som har denne typen omsetningskonsesjon vil de materielle endringene bestå av blant annet strengere regler om forbud mot dobbeltroller, idet styreverv i både nettselskap og produksjons- eller omsetningsselskap ikke lenger kan tillates. Som tidligere nevnt er det også tvilsomt hvorvidt det kan aksepteres at styremedlem i morselskapet også sitter i styret i nettselskapet. Dessuten medfører direktivet at det må gis regler om at lønn og bonusordninger i nettselskapet ikke kan basere seg på konsernets samlede økonomiske resultat. Direktivet stiller også økte krav til regulering av morselskapets innflytelse over nettselskapet. Endelig innebærer innføringen av selskapsstyrte overvåknings- og oppfølgingsprogram en nyvinning.

## 12.2 Behov for regulering utover direktivets minstekrav?

Hvorvidt direktivets krav vil være tilstrekkelig for å oppnå den ønskede grad av konkurranse på kraftmarkedet gjenstår å se. Direktivets tidshorisont er lang og fristen for å gjennomføre fritt valg av leverandør for alle kunder er 1. juli 2007. Først da må også selskapsmessig atskillelse av distribusjonssystemoperatører være gjennomført jfr. artikkel 30. Med andre ord vil det ta tid før man fullt ut kan vurdere i hvilken grad direktivets bestemmelser er i stand til å realisere intensjonen om et indre marked for kraft med effektiv konkurranse.

Direktivet oppstiller minimumsvilkår som må oppfylles av medlemslandene. Direktivet er ikke til hinder for at det enkelte medlemsland vedtar ytterligere tiltak for å fremme konkurranse på kraftmarkedet. Ytterligere tiltak kan her tenkes langs to akser. For det første kan man la være å benytte seg av unntaksreglene og dermed utvide anvendelsesområdet for direktivets bestemmelser. I tillegg til dette kan det enkelte land

---

<sup>278</sup> Jfr. avsnitt 10.3.

velge å innføre mer inngripende tiltak enn de som er nevnt i direktivet. Eksempelvis kunne man velge å innføre restriksjoner på adgangen til å eie både nett- og produksjons- eller omsetningsvirksomhet. Andre aktuelle tiltak kunne være ytterligere restriksjoner på samarbeid og eventuelt krav om ”rebranding”, dvs. krav om at nettverksselskapet må velge et annet navn enn resten av den vertikalt integrerte selskapsgruppen.<sup>279</sup>

---

<sup>279</sup> Kravet nevnes bla. i implementeringsdokumentet under pkt 4.5 ”additional measures” (side 14).

## **Kilderegister**

### **Lover**

- Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 (Grunnloven).
- Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper av 21. juni 1985 nr. 83 (selskapsloven).
- Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. av 29. juni 1990 nr. 50 (energilovent).
- Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven).
- Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr 44 (aksjeloven).
- Lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

### **Forskrifter**

- Forskrift nr 959 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. av 7. desember 1990 (energilovforskriften).
- Forskrift nr. 1127 om systematisk helse, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter av 6. desember 1996 (Internkontrollforskriften).

### **Forarbeider og andre stortingsdokumenter**

#### **Odelstingsproposisjoner**

- Ot.prp. nr 67 (1999-2000) Om lov om endringer i lov 24. mai 1929 nr. 4 om tilsyn med elektriske anlegg og elektrisk utstyr (el-tilsynsloven), lov 17. juli 1953 nr. 9 om sivilforsvaret (sivilforsvarsloven), lov 21. mai 1971 nr. 47 om brannfarlige varer samt væsker og gasser under trykk (brannfarlighetsloven), lov 14. juni 1974 nr. 39 om eksplosive varer (eksplosivloven), lov 11. juni 1976 nr. 79 om kontroll med produkter og forbrukertjenester (produktkontrollloven), lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven),

lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) og lov 5. juni 1987 nr. 26 om brannvern mv. (brannvernloven).

- Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven).

### Stortingsproposisjoner

- St.prp.nr. 100 (1990-1991) Omorganisering av Statkraft.
- St.prp.nr. 36 (2003-2004) Om samtykke til godkjenning av Nordisk konvensjon om trygd av 18. august 2003.

### Stortingsmeldinger

- St.mld.nr.29 (1998-99) Om energipolitikken.
- St.mld.nr. 17 (2002-2003) Om statlige tilsyn.
- St.mld.nr. 18 (2003-2004) Om forsyningssikkerheten for strøm mv.

### Norges offentlige utredninger

- NOU 1985:9 Energilovgivningen.
- NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning.

## **Rettspraksis**

### EF-domstolen

- Sak 6/64 Samling af Domstolens afgjørelser 1954-64 side 531, Costa mot ENEL.
- Sak C-361/88 Samling af Domstolens afgjørelser 1991 side 2567, Kommisjonen mot Tyskland.
- Sak C-44/99, Kommisjonen mot Frankrike.

- Sak C-313/99 Samling af Domstolens afgjørelser 2002 side 5719, Muligan mot Irland.

#### EFTA-domstolen

- REC 1994-95 side 145, Sak E-1/95 Samuelsson mot Sverige.
- REC 1998 side 95, Sak Sak E-9/97 Sveinbjörndsottir mot Island.

#### Norsk Retstidende

- Rt. 1976 side 1, Kløftadommen.
- Rt. 1996 side 1415, Borthen.
- Rt. 1996 side 1440, Thunheim.

#### Traktater

- Traktaten om opprettelsen av Det europeiske fellesskap (EF-traktaten) av 25. mars 1957. (Konsolidert utgave gjeldende fra 1. februar 2003).
- Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol av 2. mai 1992 (ODA-avtalen).
- Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 17. mars 1993 (EØS-avtalen).
- Utkast til traktat om en Grunnlov for Europa. Vedtatt av Det europeiske konvent den 13. juni og 10. juli 2003 og undertegnet av stats- og regjeringsledere 18. juni 2004. (Grunnlov for Europa).

#### Direktiver

- Direktiv 2003/54/EF av 26. juni 2003 om felles regler for det indre marked for elektrisitet og om opphevelse av direktiv 96/92/EF. (kraftmarkedsdirektiv II)
- Direktiv 55/2003/EF om felles regler for det indre gassmarkedet. (gassmarkedsdirektiv II).
- Direktiv 83/349/EF om konsernregnskaper.

## **Forordninger**

- Forordningen (EF) nr. 1228/2003 vedrørende betingelsene for adgang til nettet ved grenseoverskridende handel med elektrisitet.
- Forordning (EF) 4064/89 om kontroll med fusjoner og virksomhetsoverdragelser (fusjonsforordningen).
- Forordning (EF) 2157/2001 av 8. oktober 2001 om det europeiske aksjeselskap.

## **Publikasjoner/forslag fra kommisjonen**

- COM (1972) 887 Proposal for a fifth European Parliament and Council Directive on the coordination of safeguards which for the protection of the interests of members and outsiders, are required by member states of companies within the meaning of article 58, second paragraph, with respect to company structure and to the powers and responsibilities of company boards of 27.09.72. (strukturdirektivet).
- COM (1991) 548 FINAL Proposal for a European Parliament and Council Directive concerning common rules for the internal market in electricity of 22.01.1992.
- COM (2000) 769 final. Towards a European strategy for the security of energy supply. (Green Paper). 29.11.00.
- COM (2001) 125-1 Communication from the Commission to the Council and The European Parliament: Completing the internal energy market, of 13.03.01.
- COM (2001) 428 European Governance: A white paper. 25.07.01.
- COM (2002) 278 Communication from the Commission: Action plan: Simplifying and improving the regulatory environment. 05.06.02.

## **Publikasjoner fra Generaldirektoratet for energi og transport**

- Note of DG Energy & Transport on directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas. The Unbundling Regime. 16.01.04. (I denne oppgaven omtalt som *implementeringsdokumentet*).



- Note of DG Energy & Transport on directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas. "Measures to secure electricity supply". 16.01.04.

### **Norske offentlige publikasjoner**

- Fakta 2002 Energi og vassdragsvirksomheten i Norge, Olje og Energidepartementet, 2002.

### **Utenlandske forarbeider**

- SOU 2003:113. El- och naturgasmarknaderna – europeisk harmonisering. (Sverige).
- RP 127/2004. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ändring av elmarknadslagen och marknadsdomstolslagen. (Finnland).

### **Litteratur**

- Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo, 1998.
- Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 9. utgave ved Arne Fliflet. Oslo, 2004.
- Arnesen, Finn. *Introduksjon til rettskildelæren i EF*. 3. utgave. Oslo, 1994.
- Boe, Erik. *Innføring I juss. Statsrett og forvaltningsrett*. 1. utgave. Oslo, 1992.
- Bovis, Christopher. *Business Law in the European Union*. London, 1997.
- Craig, Paul. *EU law: Text cases and materials*. Paul Craig and Gráinne de Búrca. 3.utg. Oxford, 2003.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.
- Eckhoff & Smith. *Forvaltningsrett*. Torstein Eckhoff og Eivind Smith. 6. utgave. Oslo, 1998.
- *Energy law in Europe: National, EU and International Law and Institutions*. Martha M. Roggenkamp (ed.)... [et al.]. Leiden, 2001.
- *EØS-rett*. Fredrik Sejersted... [et al.]. 2. utgave. Oslo, 2004.

- Falkanger, Thor. Vassdrags og Energirett. Thor Falkanger og Kjell Haagensen (red.). 2. utgave. Oslo, 2002.
- Fleischer, Carl August. *Grunnlovens § 97. I: Jussens venner* (1975) side 183-251.
- Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. Oslo, 1999.
- Hammer, Ulf. *Tilrettelegging av Kraftmarkedet*. Oslo 1999.
- Kaasen, Knut. *Sikkerhetsregulering i petroleumsvirksomheten*. Oslo, 1984.
- Le Gall, Jean-Pierre. *French Company Law*. Jean-Pierre Le Gall and Paul Morell. 2. utgave. London, 1992.
- Martinsen, Gunnar. *Energiloven, forvaltningspraksis og EØS-retten: Organisatoriske krav til energiselskaper*. Gunnar Martinsen, Jens F. Bibow og Frode Støle. I: Lov og Rett, (2003) s. 579.
- Mayson, Stephen W. *Company Law*. Stephen W. Mayson, Derek French and Christopher L. Ryan. 2003-2004 Edition. Oxford, 2003.
- *Naturlig monopol i norsk telekommunikasjon: teori og empiri*. Morten Berg, Ivar Gaasland, Kåre Petter Hagen, Kjell G. Salvanes, Sigve Tjøtta. SNF-rapport 87/95 (Stiftelsen for samfunns- og næringslivsforskning.) Bergen 1995.
- Reitzel, Asle A. *Krafttransportmarkedet i Norge – et naturlig monopol*. Asle A. Reitzel og Johan Bergwitz. Siviløkonomoppgave Høgskolen i Agder. Kristiansand, 1996.
- Støle, Frode Norgård. *Konsernmodellen. Om organisatoriske krav til skille mellom konkurranseutsatt og monopolbasert virksomhet i kraftsektoren*. Spesialoppgave 10-vektall. Oslo, 2001.
- Sørensen, Karsten Engsig. *EU-retten*. Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen. 2 utgave. København. 1999.
- Werlauff, Erik. *EU-selskabsret*. 3. utg. Aalborg, 2002.
- Wiig, Søren. *Minoritetsaksjonær med bestemmende innflytelse*. I: Stat, Politikk og Folkestyre, festskrift til Per Stavang. Bergen, 1998.

## Elektroniske dokumenter

- Dagens Næringsliv. (u.å.). *Bedriftsbasen*. [Sisert: 03.06.04]. Tilgang: <http://www.dn.no/bedriftsbasen/index.jsp?companyNo=Y29tcGFueU5vPTk3MTU3NTYzOCZlcmw9&briefCompanySearch=>.
- Directorate-general for Competition. (u.å.) *Competition Glossary*. [Sisert 12.05.04]. Tilgang: [http://europa.eu.int/comm/competition/general\\_info/u\\_en.html#t62](http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/u_en.html#t62).
- Directorate-General for Energy and Transport. (15.07.04). *Legislation*. [20.07.04]. Tilgang: [http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/index_en.htm).
- Energifakta. (u.å.). *Sentralnett*. [Benyttet 08.06.04]. Tilgang: <http://www.energifakta.no>.
- Energifakta. (u.å.). *Regionalnett*. [Sisert: 08.06.04]. Tilgang: <http://www.energifakta.no/>.
- European Information Service. (27.11.03.). *Interpreting Note on the Electricity and Natural Gas Internal market directives – The Unbundling Regime*. [Sisert 10.03.04]. Tilgang: <http://eisnet.eis.be/eisdocsharenoframe/Common/GetFileFrame.asp?IsGetFile=-1&DocID=134386&DestFile=/docs/2003-016548-E.htm>.
- European Transmission System Operators (ETSO). (21.04.04.). *What is ETSO?* [Sisert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.ets-net.org/association/aboutus/ets-net/e\\_default.asp](http://www.ets-net.org/association/aboutus/ets-net/e_default.asp).
- European Transmission System Operators (ETSO). (07.04.04). *Membership : categories*. [Sisert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.ets-net.org/association/membership/categories/e\\_default.asp](http://www.ets-net.org/association/membership/categories/e_default.asp).
- Forbrukerombudet. (24.02.04 ) *Høringsuttalelse: Høring om St.meld. nr. 18. (2003-2004) om Forsyningssikkerheten for strøm mv.* [Sisert 22.06.04]. Tilgang: <http://forbrukerportalen.no/Artikler/fr/2004/1077635696.48>.
- Norsk Lovkommentar, (30.04.04). *Note 19 til aksjeloven § 1-3*. [Sisert 11.05.04]. Tilgang: [http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=nlk.htm\\$3.0\\$vid=karnov:default](http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=nlk.htm$3.0$vid=karnov:default).

- Norsk Lovkommentar, (30.04.04). *Note 20 til aksjeloven § 1-3*. [Sisert 11.05.04].  
Tilgang: [http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=nlk.htm\\$3.0\\$vid=karnov:default](http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=nlk.htm$3.0$vid=karnov:default).
- Norsk Lovkommentar, (30.04.04). *Note 21 til aksjeloven § 1-3*. [Sisert 11.05.04].  
Tilgang:  
[http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=nlk.htm\\$3.0\\$vid=karnov:default](http://www.rechtsdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=nlk.htm$3.0$vid=karnov:default).
- Norges vassdrags og energidirektorat. (u.å.) *Vilkår i omsetningskonsesjonene og søknadsskjema*. [06.05.04]. Tilgang: [http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=3792&iMenuId=503&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Vilk% E5r+og+s% F8knadsskjema](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=3792&iMenuId=503&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Vilk% E5r+og+s% F8knadsskjema).
- Norges vassdrags og energidirektorat. (u.å.). *Oversikt over omsetningskonsesjonærer*. [Benyttet 15.05.05]. Tilgang:  
[http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=6388&iMenuId=504&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Konsesjon% E6rer](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=6388&iMenuId=504&strBoxColor=C0C0C0&strYAH=>NVE>Konsesjoner>Omsetningskonsesjoner>Konsesjon% E6rer).
- Norges vassdrags og energidirektorat. (u.å.) *Generelt om kraftsystemet*. [Sisert 05.05.04]. Tilgang: [http://www.nve.no/modules/module\\_109/publisher\\_view\\_product.asp?iEntityId=5075&strYAH=%3ENVE%3E%3Cb%3EEnergi%3C%2Fb%3E%3EKraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet](http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=5075&strYAH=%3ENVE%3E%3Cb%3EEnergi%3C%2Fb%3E%3EKraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet%3EGenerelt+om+kraftsystemet).
- Olje og energidepartementet. *EUs energipolitikk*. (u.å.) [Sisert 30.06.04].  
Tilgang:<http://odin.dep.no/oed/norsk/europa/026001-13004/dok-bn.html>.
- Olje og energidepartementet. (u.å.). *Oversikt over EU-direktiv som er implementert i olje-, gass- og energisektoren*. [Sisert 20.08.04]. Tilgang:  
<http://odin.dep.no/oed/norsk/europa/026001-130006/dok-bn.html>.
- Olje og energidepartementet. (u.å.). *Vedtatte direktiver/forordninger i EU for vurdering i EØS*. [Sisert: 20.07.04]. Tilgang:  
<http://odin.dep.no/oed/norsk/europa/026001-130003/dok-bn.html>.
- Statens forurensningstilsyn. (05.01.04). *Miljøstatus i Norge*. [Sisert: 11.06.04].  
Tilgang:  
[http://www.mistin.dep.no/templates/PageWithRightListing\\_\\_\\_\\_2339.aspx](http://www.mistin.dep.no/templates/PageWithRightListing____2339.aspx).

- Statistisk sentralbyrå. (18.12.03). *Beregnet folketall i Norge pr 1. januar 2004*. [Sitert 15.08.04]. Tilgang:  
<http://www.ssb.no/emner/02/01/10/folkber/main.html>.
- Statnett. (u.å.) *Oversikt over kunder i sentralnettet*. [Sitert 04.05.04]. Tilgang:  
<http://www.statnett.no/default.aspx?ChannelID=1113>.
- Statnett. (u.å.). *Historikk*. [Sitert: 08.06.04]. Tilgang: <http://www.statnett.no/default.aspx?ChannelID=1050&DocumentID=10315>.
- Statnett. (u.å.). *Avtaler i sentralnettet*. [Benyttet 07.05.04]. Tilgang:  
<http://www.statnett.no/default.aspx?ChannelID=1119>.
- Statnett. (u.å.). *Hva gjør Statnett?* [Sitert 04.05.04]. Tilgang: <http://www.statnett.no/default.aspx?ChannelID=1133>.
- Svenska kraftnät. (12.03.04). *Begrepp och definitioner*. [Sitert: 04.05.04]. Tilgang: <http://www.svk.se/web/IFrame.aspx?id=5455>.
- The Council of the European Union. (24.03.00). *Presidency Conclusions, Lisbon European Council*. Nr: 100/1/00. Pkt 1.A. [Sitert: 17.03.04]. Tilgang:  
[http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm).
- The Union for the Co-ordination of Transmission of Electricity (UCTE). (08.12.03). *Members*. [Sitert 05.05.04]. Tilgang:  
[http://www.ucte.org/aboutus/members/e\\_default.asp](http://www.ucte.org/aboutus/members/e_default.asp).
- The Union for the Co-ordination of Transmission of Electricity (UCTE). (03.02.04). *Operation Handbook – introduction*. [Sitert 05.05.04]. Tilgang:  
[http://www.ucte.org/ohb/e\\_default.asp](http://www.ucte.org/ohb/e_default.asp).

## **Vedlegg I: Kraftmarkedsdirektiv II artikkel 10, 15 og 17.**

### Article 10

#### Unbundling of Transmission System Operators

1. Where the transmission system operator is part of a vertically integrated undertaking, it shall be independent at least in terms of its legal form, organisation and decision making from other activities not relating to transmission. These rules shall not create an obligation to separate the ownership of assets of the transmission system from the vertically integrated undertaking.

2. In order to ensure the independence of the transmission system operator referred to in paragraph 1, the following minimum criteria shall apply:

(a) those persons responsible for the management of the transmission system operator may not participate in company structures of the integrated electricity undertaking responsible, directly or indirectly, for the day-to-day operation of the generation, distribution and supply of electricity;

(b) appropriate measures must be taken to ensure that the professional interests of the persons responsible for the management of the transmission system operator are taken into account in a manner that ensures that they are capable of acting independently;

(c) the transmission system operator shall have effective decision-making rights, independent from the integrated electricity undertaking, with respect to assets necessary to operate, maintain or develop the network. This should not prevent the existence of appropriate coordination mechanisms to ensure that the economic and management supervision rights of the parent company in respect of return on assets, regulated indirectly in accordance with Article 23(2), in a subsidiary are protected. In particular, this shall enable the parent company to approve the annual financial plan, or any equivalent instrument, of the transmission system operator and to set global limits on the levels of indebtedness of its subsidiary. It shall not permit the parent company to give instructions regarding day-to-day operations, nor with respect to individual decisions concerning the construction or upgrading of transmission lines, that do not exceed the terms of the approved financial plan, or any equivalent instrument;

(d) the transmission system operator shall establish a compliance programme, which sets out measures taken to ensure that discriminatory conduct is excluded, and ensure that observance of it is adequately monitored. The programme shall set out the specific obligations of employees to meet this objective. An annual report, setting out the measures taken, shall be submitted by the person or body responsible for

monitoring the compliance programme to the regulatory authority referred to in Article 23(1) and shall be published.

## Article 15

### Unbundling of Distribution System Operators

1. Where the distribution system operator is part of a vertically integrated undertaking, it shall be independent at least in terms of its legal form, organisation and decision making from other activities not relating to distribution. These rules shall not create an obligation to separate the ownership of assets of the distribution system operator from the vertically integrated undertaking.

2. In addition to the requirements of paragraph 1, where the distribution system operator is part of a vertically integrated undertaking, it shall be independent in terms of its organisation and decision making from the other activities not related to distribution. In order to achieve this, the following minimum criteria shall apply:

(a) those persons responsible for the management of the distribution system operator may not participate in company structures of the integrated electricity undertaking responsible, directly or indirectly, for the day-to-day operation of the generation, transmission or supply of electricity;

(b) appropriate measures must be taken to ensure that the professional interests of the persons responsible for the management of the distribution system operator are taken into account in a manner that ensures that they are capable of acting independently;

(c) the distribution system operator shall have effective decision-making rights, independent from the integrated electricity undertaking, with respect to assets necessary to operate, maintain or develop the network. This should not prevent the existence of appropriate coordination mechanisms to ensure that the economic and management supervision rights of the parent company in respect of return on assets, regulated indirectly in accordance with Article 23(2), in a subsidiary are protected. In particular, this shall enable the parent company to approve the annual financial plan, or any equivalent instrument, of the distribution system operator and to set global limits on the levels of indebtedness of its subsidiary. It shall not permit the parent company to give instructions regarding day-to-day operations, nor with respect to individual decisions concerning the construction or upgrading of distribution lines, that do not exceed the terms of the approved financial plan, or any equivalent instrument.

(d) the distribution system operator shall establish a compliance programme, which sets out measures taken to ensure that discriminatory conduct is excluded, and ensure that observance of it is adequately monitored. The programme shall set out the specific obligations of employees to meet this objective. An annual report, setting out the measures taken, shall be submitted by the person or body responsible for

monitoring the compliance programme to the regulatory authority referred to in Article 23(1) and published.

Member States may decide not to apply paragraphs 1 and 2 to integrated electricity undertakings serving less than 100000 connected customers, or serving small isolated systems.

#### Article 17

##### Combined operator

The rules in Articles 10(1) and 15(1) do not prevent the operation of a combined transmission and distribution system operator, which is independent in terms of its legal form, organisation and decision making from other activities not relating to transmission or distribution system operation and which meets the requirements set out in points (a) to (d). These rules shall not create an obligation to separate the ownership of assets of the combined system from the vertically integrated undertaking:

(a) those persons responsible for the management of the combined system operator may not participate in company structures of the integrated electricity undertaking responsible, directly or indirectly, for the day-to-day operation of the generation, or supply of electricity;

(b) appropriate measures must be taken to ensure that the professional interests of the persons responsible for the management of the combined system operator are taken into account in a manner that ensures that they are capable of acting independently;

(c) the combined system operator shall have effective decision-making rights, independent from the integrated electricity undertaking, with respect to assets necessary to operate, maintain and develop the network. This should not prevent the existence of appropriate coordination mechanisms to ensure that the economic and management supervision rights of the parent company in respect of return on assets, regulated indirectly in accordance with Article 23(2), in a subsidiary are protected. In particular, this shall enable the parent company to approve the annual financial plan, or any equivalent instrument, of the combined system operator and to set global limits on the levels of indebtedness of its subsidiary. It shall not permit the parent company to give instructions regarding day-to-day operations, nor with respect to individual decisions concerning the construction or upgrading of transmission and distribution lines, that do not exceed the terms of the approved financial plan, or any equivalent instrument;

(d) the combined system operator shall establish a compliance programme which sets out measures taken to ensure that discriminatory conduct is excluded, and ensure that observance of it is adequately monitored. The programme shall set out the specific obligations of employees to meet this objective. An annual report, setting out the measures taken, shall be submitted by the person or body responsible for monitoring the compliance programme to the regulatory authority referred to in Article 23(1) and published.